Revision und Kassation

unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kassationshofes.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Günter Schoppe

Gerichtsreferendar

aus Berlin

Berichterstatter:

Prof. Dr. Schwinge

1935

Druck: Triltsch & Huther, Berlin

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Dekan: Professor Dr. Bilfinger.

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juni 1935.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Gliederung.

Seite

1. Hauptteil: Wesen der Revision und Kassation 1

§ 1. Vorbemerkung und Problemstellung 1
Gesetzliche Grundlagen 1
I. des deutschen Revisionsrechts 1
II. des französischen Kassationsrechts 1

§ 2. Zweckbestimmung der Revision (öffentliches oder Parteiinteresse) unter Berücksichtigung des Schrifttums und der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsinstituts der Revision. Error in procedendo und error in iudicando 2

§ 3. Funktionen des Kassationshofes 8
I. Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung . . . 8
1. Ursprüngliche verfassungsrechtliche Sonderstellung des Kassationshofes 8
2. Organisation des Kassationshofes 9
3. Kassationsmöglichkeit gegen jedes letztinstanzliche Urteil 10
II. Cassation dans l'intérêt de la loi et . . . de la partie . . . 10
III. Bindung des Untergerichts an die Entscheidung des Revisionsgerichts (Kassationshofes) im Einzelfalle 10

§ 4. Die prozessualen Vorschriften für Revision und Kassation . . 11
1. Zulässigkeit 12
2. Fristen 12
3. Wirkung der Kassationserhebung und Revisionseinlegung 12
4. Prozeßformen 12

§ 5. Eigene Stellungnahme zum Wesen der Revision 13
I. Revision nur im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung 14
1. Gestaltung der Revision im geltenden deutschen Prozeßrecht 14
2. Einführung der Revisionssumme im Zivilprozeß 14
3. Einrichtung von Plenarentscheidungen 14
II. Revision lediglich im öffentlichen Interesse 15

2. Hauptteil: Revisions- und Kassationsgründe (causes d'ouvertures à cassation) 16

§ 6. I. Verletzung prozessualer Vorschriften, bei deren Vorliegen Ursächlichkeit für die ergangene fehlerhafte Entscheidung vom Gesetz vermutet wird. (Absolute Revisions- und Kassationsgründe): 17
1. nicht-ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts 17
2. Unzuständigkeit. Excès de pouvoir 17
3. Gesetzwidriger Ausschluß der Öffentlichkeit des Verfahrens 18
4. Fehlen jeglicher Urteilsgründe 18
5. Weitere unbedingte Revisions- und Kassationsgründe 18
II. Contrariété des jugements im französischen Kassationsrecht 19

§ 7. Gesetzesverletzung im „engeren Sinne". (La violation de la loi proprement dite) 19

Seite

§ 8. „Gesetz" im Sinne der einschlägigen prozessualen Bestimmungen 20

§ 9. Gewohnheitsrecht und Handelsbrauch 21
1. im deutschen Recht 21
2. Bedeutung des Gewohnheitsrechtssatzes und des Handelsbrauches im französischen Prozeßrecht (Legitimation durch Gesetz); Stellungnahme des Schrifttums 21

§ 10. Bedeutung ausländischer Rechtsnormen 22
1. im deutschen Revisionsverfahren 22
a) Zivilprozeßverfahren 22
b) Strafprozeßverfahren 23
2. im Kassationsverfahren 23
3. Zusammenfassung der das deutsche und französische Prozeßrecht beherrschenden Grundsätze 25

§ 11. Bedeutung der Ordnungs- (Soll-) und Verfahrensvorschriften für die Frage der Nachprüfung durch das Revisionsgericht bzw. den Kassationshof 25

§ 12. Zulässigkeit der Revision und Kassation bei (richterlichen) Ermessensentscheidungen 26
1. Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage der Revisibilität des richterlichen Ermessens 26
2. Nachprüfbarkeit des pouvoir discrétionnaire du juge . . 28
3. Eigene Stellungnahme 28

§ 13. Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze usw. 29
1. im deutschen Recht 29
a) Denkgesetze und Erfahrungssätze: Begriffliches . . . 29
b) Schrifttum 29
c) Stand der Rechtsprechung (Rechtsnormen) 30
2. im französischen Prozeßrecht (Schrifttum und Rechtsprechung) 32

§ 14. Bedeutung sogen. „notorischer Tatsachen" im Revisions- bzw. Kassationsverfahren 33

§ 15. Nachprüfbarkeit der Subsumtion 33
1. im deutschen Recht 34
a) Begriff der Subsumtion. Schrifttum 34
b) Rechtsprechung 35
aa) Subsumtion unter bestimmte und unbestimmte Begriffe 35
bb) Gründe, mit denen allgemein die Subsumtion nachgeprüft werden kann 40
2. im französischen Recht 41
a) Rechtslehre: 41
aa) Anwendung von Vorschriften, die Tatsachenbewertung oder Rechtsfrage sind 41
bb) notions définies et notions indéfinies 41
cc) jede Subsumtion ist Rechtsfrage 42
b) Rechtsprechung des Kassationshofes 42
3. Eigene Stellungnahme 44

§ 16. Nachprüfbarkeit der Auslegung 45
1. Allgemeines 45
a) Abgrenzung der Auslegung von der Subsumtion und Beweiswürdigung 45
b) Rechtslehre 45
2. Rechtsprechung zur Frage der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen 46

Seite

a) Im Interesse der Rechtseinheit (bei typischen Rechtsgeschäften) 47
b) Typische Rechtsgeschäfte als Rechtsnormen . . . 48
3. Gegenwärtiger Stand des Schrifttums 49
4. Eigene Stellungnahme: Revision stets zulässig 50
a) wegen Verletzung materieller Auslegungsvorschriften 50
b) bei vorliegendem Rechtsirrtum (Verstoß gegen die Denkgesetze und Erfahrungssätze etc.) 51
5. Rechtsprechung des Kassationshofes 51
a) dénaturation des conventions (art. 1134 code civile) 52
b) Nachprüfbarkeit von Prozeßhandlungen 53
c) Typische Rechtsgeschäfte (contrats d'adhésion) . . 53
§ 17. Nachprüfbarkeit der Beweiswürdigung 54
1. im deutschen Schrifttum und Rechtsprechung 54
2. nach französischem Recht 55
a) wegen violation des règles légales sur les exceptions et les preuves 55
b) wegen défaut de motifs des arrêts 55
c) wegen fehlerhafter Beweiswürdigung und sich widersprechender Tatsachenfeststellung 56
3. Zusammenfassung 57

3. Hauptteil: Zusammenfassendes Ergebnis 58

Schrifttumsverzeichnis.

Adickes: Grundlinien durchgreifender Justizreform (1906).
Alsberg: Gutachten zum 35. Deutschen Juristentag 1928. S. 478 ff.
Boquel: De l'office du juge en matiere d'application des lois étrangères la jurisprudence francaise. (Nancy 1923 — Diss.)
Boyens: Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate des Reichsgerichts. Sächsisches Archiv für Deutsches bürgerliches Recht, Band 14, Beilageheft Seite 153 ff.
de Chauveron: Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle. (Paris 1908 — Diss.)
Chénon: Origines, conditions en effets de la Cassation (Paris 1882).
Colin: Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère in der Zeitschrift für internationales Privatrecht 1890, Seiten 406 ff., 794 ff.
Crépon: Du pourvoi en cassation matiere civile (Paris 1892).
Crome: Grundzüge des romanischen Rechts. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2. 7. Auflage. München 1914
Dalloz: Répertoire méthodique et alphabétique de légeslation de doctrine et de jurisprudence. Paris 1910—1925 u. ff., insbes. Band II unter „Cassation".
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, (1.—3. Aufl. 1911) in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches.
Demogue: Traité des obligations en général . . . Paris 1923 ff.
Déreux: L'interprétation des actes juridiques privés. (Paris 1905 — Diss.)
Doerr: Textausgabe der StPO. (1932).
Drost: Das Ermessen des Strafrichters (1930).
Esmein: Cours élémentaires de l'histoire du droit francais. 2. Aufl. Paris 1895.
Fabreguettes: La Logique judiciaire et l'art de juger (3. Aufl. 1925).
Faye: La Cour de cassation (1903 Paris).
Fischer, Otto: Die Reform des Rechtsmittels der Revision im Zivilprozeß in Jherings J. B. Band 38 (1898) S. 263 ff.
Förster-Kann: Kommentar zur ZPO. Bd. I u. II (1926) 3. Aufl.
Freitag: Revision und Kassation unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Heidelberger Diss. 1933.
Fuzier-Hermann: „Répertoire général alphabétique du droit français" Band 9, Seite 115 ff.; Paris 1892.
Garçon: Code pénale annoté (1901—11).
Gariaud: Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénal (3. Aufl. 1928).
Garsonnet et Cézar Bru: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale. Paris 1894.
Gaugier: De l'interprétation des actes juridiques. (Paris, 1898 — Diss.)
Gény: Méthode d'interprétation et souvres en droit privé positif (2. Aufl. Paris 1919).
Glasson et Tissier: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile (3. Aufl. 1925 ff.).
Goldschmidt, James: in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 41 (1920) S. 589 ff.
—, Zivilprozeßrecht (2. Aufl. 1932).
Grünberg: Die Revision im Zivil- und Strafprozeßrecht mit einem Exkurs auf die französische Kassation. Erlanger Diss. 1921.
Hahn: Die gesamten Materialien zur C. P. O. (1881).

v. Harrasowsky: Die Rechtsmittel im Civilprozeß nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungen. Wien 1879.
Haurion: Préçis de droit administratif (11. Aufl. 1927).
Heber: Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages Bd. V.
Heilbron: Das freie, pflichtmäßige Ermessen des Richters (1929).
Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts (1927).
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung (7. Aufl.).
Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung (1913).
Japiot: Traité élémentaire de procédure civile et commerciale (1929, 2. Aufl. Paris).
Kisch: Ziele und Wege einer Zivilprozeßreform in DJZ 1935, 1 ff.
Kleinfeller: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. (1925).
v. Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen (1910).
—, Zum Problem des freien Ermessens in Festschrift für Ernst Zitelmann (1913).
A. Leonhard: Zur Reform des Civilprozesses (1865).
Levin: Der dritte Rechtszug in DJZ 1930, 27 ff.
Loewe-Rosenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung (18. Aufl.).
Magnus: Die höchsten Gerichte der Welt (Ste. 191 ff.: André Ballot: Kassationshof).
Manigk: Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen mit Beiträgen zur Methodik der Tat- und Rechtsfrage in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" Band VI S. 123 ff. (1929).
Mannheim: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren (Abhandlungen der Berliner Juristischen Fakultät) 1925.
Marty: La distinction du fait et du droit (Paris 1929).
Merlin: Répertoire de jurisprudence (5. Aufl. 1827).
Mezger: Besprechung des Buches von Mannheim in Z.Str.W. 47, 160 ff.
—, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß im Beiheft zu Bd. 117 des Arch. Ziv. Praxis.
—, Vom Sinne der strafrechtlichen Tatbestände in der „Festschrift für Traeger" 1926.
Michaud: Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration (Annales de l'Université de Grénoble 1913).
Niboyet: Manuel de droit international privé (2. Aufl. 1928).
Oertmann: Freies und unfreies Ermessen in DJZ 1912, 186 ff.
—, Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbes. nach bürgerlichem Recht (1914).
Ott, Emil: Die in Oesterreich geplante Beschränkung der Revision (1911).
Pagendarm: Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe (1928).
Perreau, Bernard: De la qualification en matière criminelle (1926).
Plassard: Des ouvertures communes à cassation et à requète civile. Thèse Paris 1924.
Pohle: Revision und neues Strafrecht (1930).
v. d. Pfordten: Denkverstoß als Revisionsgrund in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 15 S. 299 ff.
Rénard (G.): Le Droit, la Logique, le Bon Sens (1925).
Rosenberg: Lehrbuch zur Zivilprozeßordnung (1932).
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts (1919).
Seuffert-Walsmann: Zivilprozeßordnung (12. Aufl. 1933).
Schön: Verw. Arch. Bd. 27 (1919), 112 ff.
Stein-Jonas: Kommentar zur Z.P.O. (15. Aufl. 1934).
Stein: Das private Wissen des Richters (1893).
—, Die Bindung des Tatrichters nach § 565, II ZPO. in JW 1922, 1489 ff.
Stier-Somlo: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Festgabe für Laband 1908 II. Band).

Sydow-Busch-Crantz: Die Zivilprozeßordnung (20. Aufl. 1930).
Schiffer: in JW. 1914, 6 ff.
Schmidt, Richard: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 2. Aufl. 1906 S. 796 ff.
Schuppenies: Die Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale. Hallenser Diss. 1934.
Schwinge: Grundlagen des Revisionsrechts. 1935.
Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung (Das Rechtsmittelsystem). 2. Aufl. 1896.
—, Handbuch des Zivilprozeßrechts (1885).
Walther: Die Rechtsmittel im Strafverfahren nach den Grundsätzen des englischen und französischen Strafprozeßrechts (München 1853).
Weber: Verletzung der Logik, der allgemeinen Wertungssätze und des Erfahrungswissens als Revisionsgrund in D.R.Z. 1929, 173.
Weismann: Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung in ZZP Bd. 9 S. 169 ff.
Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Aufl. 1894.
Zeiler: in DRZ. 1914, 101; 1925, 61.
Zemlin: Die Grenzen der Nachprüfbarkeit bei der weiteren Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dargestellt in Anlehnung an die neue Revisionslehre. Hallenser Diss. 1934.

1. Hauptteil.

Wesen der Revision und Kassation

§ 1. Vorbemerkung und gesetzliche Grundlagen.

I. Das Rechtsmittel der Revision ist im deutschen Recht (sowohl im Straf- als auch im Zivilprozeßverfahren) in den Prozeßordnungen selbst geregelt, während der Code de procédure civil und der Code d'instruction criminelle nur wenige Bestimmungen über die Kassation enthalten. Quelle des Kassationsrechts sind vielmehr auch heute noch die fast unverändert geltenden Revolutionsgesetze.

II. Für das Zivilprozeßverfahren sind im deutschen Recht die Vorschriften der §§ 545 bis 566 a ZPO. maßgebend, welche das Revisionsrecht erschöpfend regeln[1]). Für das französische Kassationsrecht hingegen ist, wie oben bereits angedeutet, eine Kodifikation in dem code procédure civil nicht erfolgt. Folgende Quellen kommen namentlich in Betracht[2]):

Réglement du 28 juin 1738, eine Verordnung, die auch heute noch für das Berufungsverfahren Gültigkeit hat;

loi du 27 novembre 1790, welches die Funktionen des Kassationshofes (damals noch tribunal de Cassation), seine Organisation und Zusammensetzung regelt;

décret du 8 juillet 1793;

décret du 16 juillet 1793;

décret du 4 germinal an II;

loi du 2 brumaire an IV, welches ergänzend die Organisation des tribunal de Cassation regelt;

Art. 58, 78, 80, 88 etc. du loi du 27 ventôse an VIII; ordonnance du 15 janvier 1826; décret du 19 mars 1810; loi du 1er avril 1837: betr. den Einfluß einer Entscheidung des Cassationshofes bei nochmaliger Cassation;

loi du 2 juin 1862 betr. die Cassationsfristen;

---

[1]) Die Revision wird in diesem und den folgenden Abschnitten nur insoweit dargestellt, als es zur Gegenüberstellung mit der Kassation erforderlich ist. Deshalb bleibt eine Untersuchung darüber, ob der Aufbau der Lösung des Revisionsproblems zweckmäßig von dem Gegensatz Rechts- und Tatfrage oder von dem Begriff Gesetzesverletzung her zu erfolgen hat — als nicht zum eigentlichen Zweck der Untersuchung gehörend — außer Betracht.

[2]) sämtlichst abgedruckt Petite Collection. Dalloz: Code de Procédure Civile (1933) S. 215 ff.

décret du 22 decembre 1915 (Kassation auch gegen Urteile der Friedensrichter zulässig).

Die Vielfältigkeit der Vorschriften erklärt sich daraus, daß man das Rechtsinstitut der Kassation (früher pratique des évocations au conseil du roi)[3] als etwas Selbständiges und organisch Gewordenes ansah und aus diesem Grunde davon Abstand nahm, die Kassation im code de procédure civile von 1806 zu regeln. Die französische Revolution hat an dem von ihr vorgefundenen Rechtsinstitut Wesentliches nicht geändert; man übertrug lediglich das bisher dem König — auf Grund einer Ordonnance von 1667[4] — zustehende Recht der Kassation dem neu errichteten „Tribunal de cassation auprès du corps législatif", der den vielfachen Wechsel der Staatsformen Frankreichs überstanden hat und noch heute — im wesentlichen unverändert — als Cour de Cassation fortlebt.

Im deutschen Strafprozeßrecht ist ebenso wie in der Zivilprozeßordnung eine ausschließliche Regelung für die Revision in den §§ 337 bis 358 St.P.O. geschaffen worden.

Neben den oben aufgeführten Verordnungen und Gesetzen, die im französischen Recht sowohl für das Zivilprozeßverfahren als auch daneben für das Strafprozeßverfahren Geltung haben, finden wir eine zusammenfassende Regelung des Kassationsrechts in dem code d'instruction criminelle[5].

Während im deutschen Recht die Revision im Zivil- und Strafprozeß inhaltlich nahezu gleich geregelt sind, bestehen im französischen Prozeßrecht zwischen dem pourvoi en cassation en matière civile und dem pourvoi en cassation en matière criminelle einschneidende Unterschiede, die später behandelt werden sollen[6].

§ 2. Zweckbestimmung der Revision.

Im deutschen Prozeßrecht ist schon die Funktion des höchstinstanzlichen Rechtsmittels streitig. Grundsätzlich ist die Frage der Gestaltung der Revision bzw. der Kassation eine solche rechtspolitischer Natur, so insbesondere die Frage, ob das Revisions- oder Kassationsgericht als eine dritte Instanz oder als ein Mittel oberaufsehender Gewalt des Staates aufgebaut werden soll. Das Ziel, welches den Gesetzgeber zur Schaffung eines solchen Rechtsinstituts veranlaßt, wird in der Hauptsache darin bestehen, dem Rechtsuchenden eine möglichst große Rechtssicherheit zu gewähren; die Wege jedoch, auf

---

[3]) Über die Geschichte der Kassation vgl. Grünberg a.a.O. S. 77; v. Harrasowsky a.a.O. S. 1 ff.; Weismann a.a.O. S. 173; Glasson-Tissier a.a.O. III S. 448; Freitag a.a.O. S. 477.

[4]) In dieser Ordonnance finden sich zum ersten Male die Worte „pourvoi en cassation", die noch heute für das Kassationsrecht terminus technicus sind. Über die Bedeutung dieser Ordonnance vgl. Esmein a.a.O. S. 786.

[5]) code d'instr. criminelle 405 ff.

[6]) s. S. 8 f.

denen man dieses Ziel zu erreichen versucht, können im einzelnen voneinander abweichen, wie dies u. a. auch der Vergleich des Kassationsrechts mit dem deutschen Revisionsrecht ergibt.

Wie bereits diese Andeutung über die den Gesetzgeber namentlich interessierenden Fragen veranschaulicht, verfolgt der Gesetzgeber mit der Einrichtung und Ausgestaltung der Revision bzw. Kassation mehrere Ziele, die man allgemein als die sogen. „politischen und juristischen Ziele und Zwecke" bezeichnet[7]). In Frankreich, das nach seiner geschichtlichen Entwicklung schon frühzeitig eine zentralistische Regierungsgewalt besaß, ging die Entwicklung von der germanischen Urteilsschelte zur römisch-kanonischen Appellation schon frühzeitig vor sich[8]), während in Deutschland die Aufspaltung der Regierungsgewalt in verschiedene Einzelstaaten eine derartige Entwicklung nicht zuließ.

Für den Gesetzgeber sind bei der Schaffung eines solchen Rechtsinstituts in der Hauptsache die „rechtspolitischen und juristischen" Zwecke nach Verbesserung der Rechtspflege und der rechtspolitische Gesichtspunkt einheitlicher Rechtsprechung durch ein höchstes Gericht maßgebend. Jene sind insbesondere deswegen von erheblicher Bedeutung, weil dadurch eine Kontrolle der unteren Instanzgerichte geschaffen ist; diese dauernde Kontrolle wiederum begründet das Vertrauen des Rechtsunterworfenen zum Staat und seinen Einrichtungen, da hierdurch ausgeschlossen wird, daß von verschiedenen Gerichten für gleich gelagerte Rechtsfälle inhaltlich andere Entscheidungen erlassen werden, ja, überhaupt erlassen werden können.

Mangels a u s d r ü c k l i c h e r[9]) Bestimmungen ist also davon auszugehen, daß auch das Rechtsinstitut der Revision — wenigstens die Revision wegen Verstöße gegen das materielle Recht — dem oben aufgeführten Doppelzweck zu dienen bestimmt ist: Dem Streben nach materieller Richtigkeit — durch Beseitigung fehlerhafter Urteile — und dem nach Einheitlichkeit der Rechtsprechung[10]).

Diese der Revision zukommenden Funktionen werden nun in den verschiedensten Abwandlungen von den einzelnen Schriftstellern vertreten und entweder dem einen oder dem anderen Zweck der Vorrang eingeräumt. Daß der Streit über das Wesen der Revision nicht nur theoretischer Natur ist, geht aus der Überlegung hervor, daß die Stellungnahme des Revisionsgerichts z. B. zur Frage der Revisibilität unbestimmter und bestimmter Begriffe eine andere sein wird, je nach-

[7]) s. hierzu Mannheim a.a.O. S. 16, 21 ff.

[8]) Vgl. Walther a.a.O. S. 45 f., (48): „Denn auch diese Entwicklung bildet einen nicht unbedeutenden Bestandteil des großen Kampfes zwischen dem nach absoluter Herrschaft und Zentralisation strebenden, romanisierenden französischen Königstum und dem auf germanisch-rechtlicher Grundlage beruhenden Feudalwesen."

[9]) Über die Bestimmungen, aus denen auf Ziel und Zweck der Revision geschlossen werden kann, vgl. § 5 dieser Arbeit. (Über die Novelle vom 28. 6. 1935 [RGBl. I. S. 844 ff.] vgl. Anm. 52.)

[10]) so auch Pohle a.a.O. S. 83; Schwinge a.a.O. § 3, I; Richard Schmidt a.a.O. S. 796 ff.

dem, ob man die eine oder andere Funktion in den Vordergrund stellt. „Denn steht der Gedanke der Rechtseinheit höher als die Rücksicht auf die Interessen der unterlegenen Partei, so wird man die Grenzen der Revision enger bemessen müssen, als wenn das Gegenteil anzunehmen wäre."[11])

Das zu diesen Fragen der Zwecksetzung vorliegende Schrifttum erkennt überwiegend als vorherrschenden Zweck der Revision die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung an; die Vertreter dieser Lehre sind der Meinung, daß gegenüber dieser Funktion das Interesse der Parteien (am Ausgang des Rechtsstreites) in jedem Kollisionsfalle zurückzutreten habe. Als hauptsächliche Vertreter dieser Lehre lassen sich Weismann, Mendelssohn-Bartholdy, Wach, Otto Fischer, Stein-Jonas, Adickes und Sauer anführen[12]).

Die Lehre, daß die Revision a l l e i n im Interesse der einzelnen Prozeßparteien geschaffen sei, wird namentlich von Mannheim und Seuffert-Walsmann[13]) vertreten. Vornehmlich Mannheim hat diese Ansicht durch eingehende Untersuchungen zu begründen versucht; er führt die mit der Schaffung des Rechtsinstituts „Revision" verbundenen Zwecke auf die sog. „politischen" und „juristischen" Zwecke zurück und geht davon aus, daß die Schaffung eines Rechtsmittelsystems vom Staate dazu benutzt werde, die Rechtspflege den politischen Wünschen der Regierung gefügig zu machen und die Zentralgewalt zu festigen (politischer Zweck).

Diesen Ausführungen wird von Schwinge[14]) mit Recht entgegengehalten, daß Mannheim für diese Behauptung jeden Beweis schuldig geblieben sei, überdies aber diese außerrechtlichen Gesichtspunkte, für die im Gesetz keine Stütze vorhanden ist, „uns auch in der Dogmatik des Revisionsrechts um keinen Schritt weiterzubringen".

Die von Mannheim vertretene Lehre leidet, wie dies Schwinge a.a.O. eindeutig nachgewiesen hat, aber auch insoweit an einem methodischen Fehler, als er bei seiner Untersuchung über die Funktion der Revision nicht von deren Sonderzweck ausgeht, sondern von

---

[11]) So mit Recht Schwinge a.a.O. § 3, I.

[12]) Weismann a.a.O. S. 169 ff.; Mendelssohn-Bartholdy JW. 1921, 1237 Anm. zu Nr. 14; Wach a.a.O. S. 243 ff. und 284 ff.; Stein-Jonas a.a.O. zu § 545 ZPO. Vorbem. I; Fischer a.a.O. S. 265 ff.; Adickes a.a.O. S. 14 und 26 ff.; Sauer a.a.O. S. 413; ebenso J. Goldschmidt ZStW 41, 589; Kleinfeller a.a.O. S. 482 ff.; Freitag a.a.O. S. 34 ff. (35) u. a. m.

[13]) Mannheim a.a.O. S. 16 f., 29; „Die Rechtseinheit selbst stellt im Grunde nur ein formales Ziel dar, das vor dem anderen Ziele der Rechtspflege dem Streben nach materieller Gerechtigkeit nicht bevorzugt werden dürfe, wenn sich nicht das Verhältnis von Recht und Staat zu Ungunsten des Rechts verschieben und das Recht durch den Staat geradezu erdrückt werden solle." Wenn man den Parteien überhaupt ein Rechtsmittel gebe, müsse man es so konstruieren, daß die Parteien fühlbaren Nutzen davon haben können. Eine Lehre, die bei einem Konflikt zwischen Gerechtigkeits- und Rechtseinheitszweck immer nur den ersteren zurücktreten lasse, schätze die Interessen des Rechtsunterworfenen zu gering ein; ebenso — ohne Begründung — Seuffert-Walsmann a.a.O. Vorbem. vor § 545.

[14]) a.a.O. § 3, II.

einem für sich selbst geschaffenen allgemeinen Rechtsmittelbegriff Schlußfolgerungen auf das Wesen der Revision ziehen zu können glaubt. Daß bei einem solchen Vorgehen der der Revision eigentümliche Sonderzweck unbeachtet bleibt, liegt auf der Hand und beweist auch das Ergebnis der Untersuchungen. (Starke Erweiterung der Grenzen der Revisibilität.)

Bei Kenntnis der Entstehungsgeschichte des Rechtsinstituts der Revision, die in neuester Zeit von Schwinge[15]) untersucht worden ist, kann m. E. kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß die Revision nicht im Interesse der Parteien gedacht war, sondern daß für sie in stärkerem Maße der Gesichtspunkt der Gleichförmigkeit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung Bedeutung hatte. Es würde eine Verkennung der diesem Rechtsinstitut vorangegangenen geschichtlichen Entwicklung bedeuten, wollte man das Gegenteil behaupten und erklären, daß die Revision auf dem Wunsche beruhe, der Partei generell eine weitere Instanz zu gewähren.

Zum Verständnis des Wesens der Revision ist ein Zurückgreifen auf das alte Preußische Prozeßrecht unerläßlich[16]). Das durch die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten vom 6. Juli 1793 eingeführte Rechtsmittelsystem litt insoweit an einem sehr fühlbaren Mangel, als die Entscheidungen der letzten Instanz ohne Begründung erlassen wurden, eine Tatsache, die sowohl bei den Untergerichten als auch den Rechtsunterworfenen das Gefühl einer gewissen Rechtsunsicherheit wach werden ließ. Ein weiterer Mangel war, daß die Praxis die maßgebenden Bestimmungen der AGO (16. Titel § 2 Nr. 2) sehr engherzig auslegte und eine Revision nur bei einem Verstoß gegen ein „klares Gesetz", nicht aber auch bei unrichtiger oder Nichtanwendung der materiellen Vorschriften zuließ.

Diese Mängel trugen dazu bei, die Reform des Rechtsmittelwesens als vordringliche Aufgabe erscheinen zu lassen. Der Bericht der im Jahre 1826 eingesetzten Revisionsdeputation spricht ausdrücklich davon, daß der einzusetzende Oberste Gerichtshof „über die Beobachtung der Form und die Erhaltung der Grundsätze wachen soll; nur zu diesem Zwecke bedarf es desselben."[17])

Daß der in dieser Erkenntnis gefertigte Gesetzesentwurf, der die Funktion des höchsten Gerichtshofes dem Kassationshof des französischen Rechts anglich und die Aufgaben des Revisionsgerichts auf die Nachprüfung der Rechtsfrage beschränkte, nicht Gesetz wurde, scheiterte an dem Widerspruch des Justizministers, nach dessen Vorschlag die Revision als ordentliches Rechtsmittel dritter Instanz mit der Möglichkeit, neue Tatsachen vorzubringen, beibehalten wurde.

---

[15]) a.a.O. § 2.

[16]) Vgl. insbes. Schwinge a.a.O. § 2 mit Quellennachweis: Bericht der Revisions-Deputation der Allg. Gerichtsordnung (Gesetz-Revision, Pensum IV, 1. Teil. Allg. Revision. Berlin 1827, S. 33 f.

[17]) Bericht der Revisions-Deputation 2. Teil (1827) S. 94; vgl. auch die weiteren Quellenangaben bei Schwinge a.a.O. § 2, I u. Anm. 26 ff.

Die auf Grund verschiedener Beschwerden (über eine zunehmende Belastung des Obertribunals) stattfindenden neuen Beratungen lassen erkennen, daß „die Einheit des Rechts ein Hauptpunkt sei, worauf man bei der Prüfung des Ministerialentwurfes vom 22. III. 1833 sein Augenmerk richten wolle."[18]). Die Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 13. Dezember 1833 (Ges. S. 1833, 302 ff.) schuf jedoch mit Rücksicht auf die vorherrschend vertretene Ansicht, die Revision müsse als Tatsachenrechtsmittel beibehalten werden, zwei Rechtsmittel höchster Instanz, die Revision — mit Nachprüfung der Tat- und Rechtsfrage — und als außerordentlichen Rechtsbehelf die Nichtigkeitsbeschwerde mit der alleinigen Prüfung von Gesetzesverletzungen materiellen oder prozessualen Inhalts (§ 4 der VO. vom 13. 12. 1833). Bei dieser Gestaltung war also die zuerst angestrebte Lösung, das höchste Rechtsmittel dem Institut der Kassation anzugleichen, nur bei der Nichtigkeitsbeschwerde durchgesetzt worden.

Ebenso wurde auch für das Strafverfahren die Nichtigkeitsbeschwerde durch das Gesetz vom 3. Mai 1852 (Ges. §§ 209 ff.) eingeführt, das bis zur Schaffung der Reichsstrafprozeßordnung Geltung hatte[19]).

Die auch weiter bestehende Unzufriedenheit über die Gestaltung der Rechtsmittel veranlaßte die Regierung zu weiteren Maßnahmen, die zur Aufstellung des „Preußischen Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" vom Jahre 1846 führten. Dieser Entwurf beseitigt die Revision, lehnt die Unterscheidung zwischen materiellrechtlichen und prozessualen Normen ab und gestaltet die Nichtigkeitsbeschwerde zu einer allgemeinen revisio in iure aus. „Der Einfluß des französischen Rechts macht sich noch stärker geltend, er ist in allen Punkten ausschlaggebend."[20])

Das nunmehr immer stärker einsetzende Streben nach einer einheitlichen Reichszivilprozeßordnung findet in dem Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund seinen Niederschlag (1870); dieser Entwurf läßt die Beschränkung einer Rüge prozessualer Rechtsnormenverletzung auf „wesentliche" Verfahrensvorschriften, wie dies noch die Verordnung vom 13. 12. 1833 vorsah, fallen und lautet im § 834 folgendermaßen:

> „Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung des Gesetzes beruhe.
>
> Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist."

---

[18]) Acta Commissionis wegen des Rechtsmittels der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde 1833/4 III. 5674 Bl. 19 ff. (zit. bei Schwinge a.a.O. § 2 Anm. 34).

[19]) auch die VO. vom 13. 12. 1833 — für das Zivilprozeßverfahren — blieb bis zum Erlasse der Reichszivilprozeßordnung in Kraft.

[20]) so Schwinge § 2, III.

Der dem Reichstag von der Sonderkommission vorgelegte Entwurf führte als Voraussetzung der Zulässigkeit des höchsten Rechtsmittels — nunmehr Revision genannt — das Vorliegen einer Beschwerdesumme von 1500 Mark ein, und der Reichstag schloß sich dem so vorgelegten Gesetzesentwurf an. Schwinge weist, um die dem Gesetzgeber bei der Schaffung dieses Rechtsinstituts vorschwebenden Gedanken zu erläutern, auf eine Erklärung in der Begründung zur Reichstagsvorlage hin, in der es heißt: „Den Anforderungen, welche die Prozeßparteien an den Staat stellen, dürfte völlig genügt sein . . . bei zwei Instanzen . . . Demnach kann ein Staat, dessen Gebiet ein zu umfangreiches ist, als daß die Einsetzung eines einzigen Oberlandesgerichts zulässig wäre, für geboten oder doch für wünschenswert erachten, im Interesse der freilich nie vollständig zu erreichenden, aber doch tunlichst zu erstrebenden Einheit des Rechts und der Rechtsprechung eine 3. Instanz vor einem obersten Gericht zu gestatten. Diese Erwägung war für die Vorschrift des Entwurfes maßgebend, nach der gegen die Endurteile der Oberlandesgerichte das Rechtsmittel der Revision zugelassen ist."[21])

Diese Untersuchung beweist, daß die von Mannheim entwickelte Lehre von der Zweckbestimmung der Revision auch nicht der geschichtlichen Entwicklung entspricht; im Gegenteil, es muß davon ausgegangen werden, daß die Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße nicht im Interesse der Parteien, sondern im Interesse der Wahrung der Rechtseinheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung geschaffen worden ist. Damit ist aber auch weiterhin klargestellt, daß die oft aufgestellte Behauptung, die Nichtigkeitsbeschwerde sei etwas von der Revision Grundverschiedenes, nicht den Tatsachen entspricht; die Revision hat sich aus der Nichtigkeitsbeschwerde entwickelt, beide hatten dieselben Aufgaben, die Wahrung und Erhaltung der Rechtseinheit. „Zweckgleichheit bedeutet im Recht aber immer Wesensgleichheit."[22]). Der so oft angegriffene Satz Weismanns[23]), daß in der Geschichte der Kassation auch die historischen Wurzeln unserer Revision gelegen sind, ist daher durchaus richtig und soll auch für diese Arbeit richtunggebend sein.

Schwinge (a.a.O. § 3, III) hat als Erster klar erkannt, daß der Gesichtspunkt der Rechtseinheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung allein bei der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße primäre Bedeutung haben konnte. Im französischen Schrifttum hat namentlich Plassard auf den durchgreifenden Wesensunterschied zwischen der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße (error in iudicando) und der wegen prozessualer Mängel (error in procedendo) aufmerk-

---

[21]) abgedruckt bei Hahn, Materialien Band II S. 1022 ff.; dieselben Grundsätze waren auch bei den Beratungen des Gesetzes vom 5. 7. 05 u. der Vorlage der Entwürfe von 1898 und 1910 maßgebend; vgl. hierzu auch Schwinge a.a.O. § 2 V.

[22]) Schwinge a.a.O. § 2, VI. 2.

[23]) Weismann ZZP Bd. 9 S. 172.

sam gemacht. „Il semble que la révision, institution unique dans son principe et ses origines, tende à se scinder en deux et que cette scission déjà amorée corresponde à la distinction . . . entre l'erreur in judicando et l'erreur in procedendo. Au sein de l'institution semblent en effet se différencier déjà deux recours très différents, l'un pour vice de jugement, l'autre pour vice de procédure."[24])

Wenn nun auch unmittelbar aus dem Wortlaut der §§ 549 f. ZPO. und des § 337 StPO. dieser grundlegende Wesensunterschied nicht hervorzugehen scheint, so findet er doch, wie Schwinge[25]) betont, seine Bestätigung in der geschichtlichen Entwicklung der Revision; in diesem Sinne ist auch allein die Vorschrift des § 344 Abs. II StPO. verständlich, wonach bei Verfahrensrügen die den Mangel enthaltenden Tatsachen in der Revisionsbegründung angegeben werden müssen, während für die materiellrechtlichen Fehler der Grundsatz „freier Revisionspraxis" gilt. Hier entspricht es daher auch dem Willen des Gesetzgebers, wenn man davon spricht, daß bei der Schaffung einer Revisionsmöglichkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften vornehmlich die Belange der Prozeßparteien maßgebend waren; mit Recht sagt A. Leonhardt[26]): „Die Prozedurvorschriften geben die Hauptgarantie den Parteien gegen richterliche Willkür in der Auffassung des Facti: Die Überschreitung dieser Vorschriften von Seiten der Appellationsgerichte darf nicht geduldet werden." Daß diese Frage mittelbar das Interesse des Staates berührt, ergibt sich aus der Überlegung, daß eine Revisionsmöglichkeit wegen error in procendo die Rechtssicherheit und das Vertrauen des Volkes insoweit zu festigen geeignet ist, als jeder Richter durch das Vorhandensein eines nachprüfenden Gerichts zur gewissenhaften Beachtung der ihm vorgeschriebenen Verfahrensnormen angehalten wird.

In der Nichterkenntnis dieser Doppelfunktion des höchsten Gerichtshofs liegt endlich auch die Quelle für den über die Zweckbestimmung der Revision ausgebrochenen Streit, der bisher immer nur das Gesamtgebiet der Revision — wegen verfahrens- und materiellrechtlicher Mängel — im Auge hatte, an der „komplexen Natur"[27]) der Revision aber bisher stets vorbeigegangen ist.

§ 3. Funktionen der Kassation.

I. 1. Die Tätigkeit des Kassationshofes beschränkt sich — von wenigen Ausnahmen im Strafprozeßrecht abgesehen —[28]) auf die Aufhebung von letztinstanzlichen Urteilen, die unmittelbar eine Zurück-

[24]) vgl. Plassard a.a.O. S. 257.
[25]) a.a.O. § 3 (Ende).
[26]) a.a.O. S. 170.
[27]) so bahnbrechend Schwinge a.a.O. § 3 (Ende).
[28]) Wenn der Kassationshof ausnahmsweise eine Entscheidung ohne Zurückverweisung fällt, dann liegt dies daran, daß es sich hierbei um Entscheidungen über eine Rechtsfrage handelt und Zweifel bezüglich der tatsächlichen Vorgänge nicht vorliegen. Vgl. hierzu Garraud a.a.O. Teil V S. 317 (Nr. 1792, 3).

verweisung (renvoi) an das Untergericht zur Folge hat. Das Prinzip, welches der Schaffung des Kassationshofes überhaupt zugrunde liegt, nämlich die Gewähr der Einheitlichkeit der Gesetzesanwendung, wird dabei von keinem französischen Schriftsteller in Zweifel gezogen[29]). Diese Zweckbestimmung geht nun allerdings in Frankreich nicht so weit, daß vom Kassationshof gemeine Bescheide bzw. Äußerungen über Rechtsfragen außerhalb eines Prozesses erlassen werden könnten, denn der Kassationshof trifft — ebenso wie das Reichsgericht — immer nur Entscheidungen für den einzelnen Fall.

Die Gliederung des Kassationshofes ist bereits derart, daß von ihm das angestrebte Ziel der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung verwirklicht werden kann.

2. Es dient dem Verständnis des Wesens der Kassation, einige Ausführungen über die Organisation des Cour de cassation voranzuschicken. Die bereits oben angeführten Gesetze vom 21. 8. 1790, 2 brumaire en IV und das décrét vom 27. 11. 1790 enthalten die hierfür maßgeblichen Vorschriften[30]).

Der Kassationshof ist gegliedert in drei Kammern, und zwar in die chambre de requêtes, die chambre civile und die chambre criminell. Während die chambre de requêtes lediglich vorbereitende Tätigkeit insoweit ausübt, als sie prüft, ob der eingelegte pourvoi en cassation Aussicht auf Erfolg hat oder nicht (bien ou mal fondé) und demzufolge die Kassation zuläßt oder durch einen mit Gründen versehenen Bescheid zurückweist[31]), ist die chambre de civile mit Entscheidungsmacht ausgestaltet und zuständig für Sachen, die

a) von der chambre de requêtes zur Kassationsprüfung zugelassen sind,

b) Enteigungen zum öffentlichen Wohle betreffen — und zwar ohne Vorbescheid der chambre de requêtes,

c) dans l'intérêt de la loi vor den Kassationshof gebracht werden.

Die Strafkammern des Kassationshofes sind zuständig für die Kassation von Urteilen, welche Verbrechen, Vergehen und Übertretungen betreffen und von einem letztinstanzlichen Strafgericht ausge-

---

[29]) Glasson-Morel-Tessier a.a.O. Bd. III S. 446: „la Cour de cassation juge les jugements non les procès; elle ramène les tribunaux l'observation de la loi s'ils s'en écartent;" Bd. I S. 258: „elle nest pas un cour de révision, elle n'est pas un dégré de juridiction." Marty a.a.O. S. 69 ff. mit weiteren Literaturnachweisen: „L'object essentiel de la Cour de cassation est de conserver l'intégrité des formes judiciaires de maintenire l'exacte application des lois de la Republique, cet uniformité de jurisprudence qui sera sans doute un des plus grands bien faits de notre révolution"; Marty a.a.O. S. 71: „Il appartienda au Tribunal de cassation d'y veiller et d'uniformiser par son contrôle la compréhension et l'application de la loi sur l'ensemble du territoire."

[30]) Unbedeutende Änderungen in folgenden Gesetzen: a) loi du 27 ventôse en VIII. b) . . . Ier mai 1837 (Einrichtg. d. chambres réunies, c) décrét du 22 décembre 1915: schuf Kassation, auch gegen Urteile d. Friedensrichters.

[31]) Vgl. dazu die §§ 555 ZPO, 349 StPO.

sprochen sind. In Strafsachen fällt die Mitwirkung der chambre des requêtes fort[32]).

3. Während das Reichsgericht lediglich in Zivil- und Strafsenate gegliedert ist, und in Zivilsachen nur zuständig ist für Revisonen gegen Endurteile der Oberlandesgerichte[33]), entscheidet der Kassationshof nicht nur über Urteile der Berufungsinstanzen, sondern über sämtliche letztinstanzlichen Entscheidungen schlechthin, so z. B. die Entscheidungen der tribunaux civils, tribunaux de commerce, justices de paix und der conseiles prud'hommes. Hier ist also auch die Kassation gegen Urteile in Bagatellsachen möglich.

Daß der Kassationshof im Rahmen des ihm zugewiesenen Aufgabenkreises einen weitaus bedeutenderen Einfluß auf die Praxis der Untergerichte auszuüben vermag als das Reichsgericht bzw. ein als Revisionsinstanz zuständiges Oberlandesgericht, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Ausführung.

II. Hinzu kommt, daß neben dem Recht der einzelnen Partei, Kassation einzulegen (cassation dans l'intérêt de la partie), im französischen Recht noch die sog .cassation dans l'intérêt de la loi vorgesehen ist. Dieses Recht zur Kassation dans l'intérêt de la loi ist grundsätzlich dem selbständigen Ermessen des Generalstaatsanwalts beim Kassationshof (Procureur général près la Cour) vorbehalten, er hat aber weitergehend nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Einlegung der Kasation, wenn es das Justizministerium mit der Begründung, es liege ein excès de pouvoir vor, verlangt u n d die Entscheidung des Untergerichts gegen das Gesetz verstößt[34]). Die daraufhin ergehende Entscheidung des Kassationshofes hat für die an dem vorangegangenen Verfahren beteiligten Parteien keinerlei Wirkung[35]). (l'arrêt sera cassé, sans que les parties puissent s'en préveloir pour s'opposer à son éxécution; oder Art. 88: sans . . . pour éluder des dispositions de ce jugement, lequel voudra transaction pour elles.)[36])

III. Während im deutschen Prozeßrecht das Gericht, an welches die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung verwiesen ist, sich die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist, bei seiner Entscheidung zu eigen machen muß (§§ 565 II ZPO. und 358 I StRPO.), ist in Frankreich diese bindende Kraft eines Kassationsurteils nicht vorhanden. Dies resultiert nicht zuletzt aus der dem Kassationshof ursprünglich verliehenen beson-

[32]) S. hierzu Glasson-Tissier a.a.O. Bd. I S. 106 ff.

[33]) Mit Ausnahme der durch die Novelle von 1924 geschaffenen Möglichkeit einer Sprungrevision (§ 556 ZPO).

[34]) Vgl. für Strafsachen art. 442 c. d'instr. crim.; Zivilsachen: art. 88 du loi du 27 ventôse an VIII.

[35]) Vgl. Freitag a.a.O. S. 60.

[36]) Deshalb wäre es m. E. unrichtig, die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehe- und Statussachen (§§ 607, 632, 640 ZPO.) hiermit zu vergleichen. Die Mitwirkung des Staatsanwalts bzw. sein Klagerecht ergibt sich einfach daraus, daß der Staat an dem betr. Prozeßstoff ein besonders wichtiges Interesse hat und daher bereits materiellrechtliche Sachinteressen, nicht aber rechtspolitisch prozessuale Belange wahrnimmt.

deren verfassungsrechtlichen Stellung, eine Tatsache, die noch heute zu der allgemein herrschenden Ansicht führte, daß der Kassationshof eher einem Organ der Justizaufsicht als einer Rechtsmittelinstanz gleichkomme. Daß diese staatsrechtlich politische Deutung der Kassation der geschichtlichen Entwicklung nicht mehr gerecht wird[37]), mag die unten erfolgende Gegenüberstellung der Rechtsprechung des Kassationshofes und des Reichsgerichts veranschaulichen. Aus ihr ist zu ersehen, daß sich der Kassationshof im Laufe der Zeit zu einer dritten Instanz entwickelt hat.

Auch bei der Frage der Bindung der Untergerichte an die Rechtsansicht des Kassationshofes hat sich das Streben nach Sicherung der Rechtspflege durch Befolgung der Entscheidung des Kassationshofes durchgesetzt[38]). Der Kassationshof, der entweder die Kassation zurückweist oder das angefochtene Urteil kassiert (la Cour rejette ou casse et annule) entscheidet nie, was unter den Parteien rechtens sein soll, und das Untergericht, an das bei Kassation die Sache zurückverwiesen wird, war ursprünglich nicht an die Rechtsansicht des Kassationshofes gebunden. Es wäre also stets eine weitere Kassation möglich gewesen, sodaß dieser Kreislauf sich ad infinitum hätte fortsetzen können[39]). Ursprünglich mußte daher die Gesetzgebung in solchen Fällen eingreifen[40]), ein Verfahren, das dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspricht. Zur Vermeidung dieses Kreislaufs und zur Beseitigung des Eingriffes der Gesetzgebung in die Rechtsprechung erkennt der Kassationshof nach dem Gesetz vom 28. 7. 1828 bei wiederholter Kassationseinlegung aus den gleichen Gründen durch gemeinsamen Beschluß aller Kammern. Dieser Plenarentscheidung muß der Richter, an den die Sache verwiesen wird, Folge leisten. Aber auch dieser Regelung fügten sich die Untergerichte zuerst nur unter Protest, indem sie bei Verweisung auf die Plenarentscheidung durchblicken ließen, daß sie sich nur „gezwungen" der Rechtsprechung des Kassationshofes anschlössen[41]).

§ 4. Die prozessualen Vorschriften für die Revision und Kassation.

Zwar bestehen auch in formeller Hinsicht zwischen der Revision und der Kassation einige Unterschiede, die zum Zwecke der Vollständigkeit hier aufgezeigt werden müssen; es würde jedoch eine Ver-

---

[37]) So auch Marty a.a.O. S. 71 ff. (73); Schwinge a.a.O. § 4 und die Rechtsprechung des Kassationshofes zur Frage der Nachprüfung unbestimmter Begriffe (unten § 15).

[38]) s. Magnus a.a.O. S. 191 ff.

[39]) Tatsächlich sind solche Fälle vorhanden (vgl. Gesetz vom 27. 11. 1797 u. a.).

[40]) Ein solcher Eingriff einer Verwaltungsbehörde in die unabhängige Gewalt eines Richters wurde allgemein als Widerspruch zu dem Prinzip der Gewaltenteilung angesehen und daher das Anm. 39 zitierte Gesetz außerordentlich getadelt.

[41]) Alsdann erfolgt nochmalige Kassation durch den Kassationshof wegen excès de pouvoir; z. B. Sir. 47 I. 630; 51. I. 232.

kennung der Entwicklung[42]) des Kassationshofes bedeuten, wollte man deshalb einen wesentlichen Unterschied zwischen der Revision und der Kassation annehmen.

1. Während im deutschen Zivilprozeßverfahren grundsätzlich die Zulässigkeit der Revision über vermögensrechtliche Streitigkeiten durch die Erreichung einer Beschwerdesumme bedingt ist[43]), erfordert dies die Kassation nicht. (Quelque minime que soit le valeur du litige.)

Im deutschen Strafprozeßverfahren ist eine Revision nur zulässig gegen Urteile der Land- und Schwurgerichte (333 StPO) und gegen Urteile des Amtsrichters, soweit § 313 StPO nicht entgegensteht[44]); im französischen Recht dagegen ist eine Kassation gegen jedes strafrichterliche Urteil zulässig, soweit das anzufechtende Urteil letztinstanzlich ist.

2. Die Revisionsfrist beträgt in Zivilsachen einen Monat nach Zustellung des mit Gründen versehenen Urteils (§ 552 ZPO), in Strafsachen eine Woche seit Verkündung bzw. Zustellung des Urteils (§ 341 StRPO.).

Ebenso wie im deutschen Recht ist auch die Einlegung der Kassation an bestimmte Fristen gebunden. Die regelmäßige Kassationsfrist beträgt 2 Wochen nach Zustellung (signification) der angegriffenen Entscheidung[45]).

3. Der Kassationsrekurs hat keinen Suspensiveffekt, d. h. die Erhebung der Kassation hindert die Rechtskraft der angegangenen Entscheidung nicht; der Kassationsrekurs wird durch die Erhebung der sog. requête civil, eine der gemeinrechtlichen Restitutionsklage ähnliche Prozeßhandlung, ausgeschlossen, und gegen ein Urteil des Kassationshofes ist die Erhebung der Restitutionsklage nicht zulässig[46]).

Anders bei der Revision, und dies erklärt sich aus der von vornherein erfolgten Gestaltung der Revision als Rechtsmittel und der Stellung des Revisionsgerichts als dritte Instanz: die Einlegung der Revision hindert die Rechtskraft des angefochtenen Urteils und schließt ihrerseits die Restitutionsklage aus. Gegen ein Urteil des Revisionsgerichts ist die Restitutionsklage jedoch zulässig.

4. Auch die Prozeßformen im Revisionsverfahren sind die glei-

[42]) Vgl. insbes. das Gesetz vom 1. 4. 1837, mit dem die Entwicklung des Kassationshofes vom Organ der Aufsicht zur Rechtsmittelinstanz im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtprechung abgeschlossen ist; Marty a.a.O. S. 73. „va triompher l'idée d'uniformité de jurisprudence."

[43]) § 546 ZPO. (z. Zt. 6000 Reichsmark); vgl. jedoch Ausnahmevorschrift § 547 ZPO.

[44]) Vgl. auch die in der VO. vom 14. 6. 32 (RGBl. I, 285) getroffene Sonderregelung, die zur Entlastung des Reichsgerichts erfolgt ist und wahrscheinlich keine endgültige Regelung sein wird.

[45]) Vgl. Gesetz vom 2. 6. 1865 Art. 9 und für Sonderfälle: code de procédure civile Art. 73; Gesetz vom 13. 3. 1922; Code du travail, IV. Buch Art. 91 f.; Gesetz vom 31. März 1928, Art. 26; Décret vom 25. März 1911, Art. 198 u. a.

[46]) Vgl. Glasson-Tissier a.a.O. III S. 505: „le pourvoi en cassation n'est pas en principe suspensif ni dévolutif"; Freitag a.a.O. S. 65.

chen wie in jedem anderen ordentlichen Verfahren, sie folgen dem Prinzip der Mündlichkeit mit Ausnahme des Verfahrens vor den Vereinigten Senaten oder dem Plenum. Für Plenarentscheidungen bestimmt § 136, III GVG, daß diese ohne vorherige mündliche Verhandlungen im Beschlußverfahren erlassen werden.

Das Verfahren vor dem Kassationshof dagegen ist an erheblich strengere Formvorschriften gebunden. Die Beschwerdepunkte sind schriftlich in der requête bzw. dem mémoire aufzuführen, und der Kassationshof prüft lediglich die von der Partei schriftlich aufgeführten Beschwerdepunkte nach.

Bis zum Jahre 1905 „sollte" die Revisionsschrift die angeblich verletzten Rechtsnormen und die gerügten Verfahrensmängel ebenfalls enthalten; jedoch war eine Unterlassung dieser Angaben für die Behandlung und Untersuchung vor dem Revisionsgericht nicht mit prozessualen Nachteilen verbunden, da das Revisionsgericht in allen Fällen über die von den Parteien schriftlich oder mündlich geltend gemachten Angriffspunkte hinaus prüfte, ob durch Revision geltend zu machende Bedenken gegen die Aufrechterhaltung des angegriffenen Urteils bestehen. Diese sog. freie Revisionspraxis wurde jedoch durch die Novelle von 1905 beseitigt, und der Revisionsbegründungszwang wurde eingeführt (§§ 554 ZPO., 344 StPO.), wodurch eine erhebliche Annäherung an das Kassationsrecht erfolgt ist.

§ 5. Eigene Stellungnahme zum Wesen der Revision.

Wie bereits oben eingehend dargelegt, muß davon ausgegangen werden, daß nicht so sehr das Interesse der Parteien an der Entscheidung durch das Revisionsgericht maßgebend sein kann, als besonders der Gedanke der Vereinheitlichung der Rechtsprechung und das Streben nach Rechtssicherheit im Interesse des Staates und damit auch im Interesse der Recht suchenden Partei.

Das Reichsgericht ist sich der ihm eigentümlichen Verantwortung auch vollauf bewußt und hat gerade in jüngster Zeit mehrmals ausgesprochen, daß eine gleichmäßige Rechtsprechung eine der wichtigsten Voraussetzungen für das Gedeihen der Wirtschaft sei[47]).

Eine Trennung zwischen den sog. juristischen und den rechtspolitischen Zwecken ist m. E. überhaupt undurchführbar, da die Verbesserung der Rechtspflege zugleich ein rechtspolitischer Zweck und die Mehrung des Vertrauens der Rechtsunterworfenen in die Rechtsprechung nicht nur ein juristischer Zweck ist[48]).

[47]) S. RGZ. 139, 375; die Abänderung der Rechtsprechung „wäre auch unvereinbar mit den notwendigen Anforderungen an die Rechtssicherheit. Wenn sich das höchste Gericht jahrzehntelang in seinen Entscheidungen in einer an sich zweifelhaften Frage für eine bestimmte Meinung fortdauernd ausgesprochen hat, dann muß im Interesse der Sicherheit des Verkehrs der Streit als erledigt gelten". Vgl. auch RGZ. 137, 287: der . . . vertretene gegenteilige Standpunkt ist auch unvereinbar mit den notwendigen Anforderungen an die Rechtssicherheit.

[48]) so auch Levin a.a.O. S. 27.

I. Wortlaut der Prozeßgesetze.

Auch aus dem Wortlaut der Prozeßgesetze selbst läßt sich für die Frage, welche Funktion dem höchsten Rechtsmittel zukommt, manches ersehen, was eher auf die Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung als auf ein anderes Ziel hindeutet.

1. Die Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gibt nicht nur den allgemein rechtfertigenden Grund ab für die Zulassung der Revision als einer prozessualen Einrichtung, sondern bestimmt auch ihren Inhalt und die gesetzliche Grenze ihrer Zulässigkeit[49]). Weismann a.a.O. hebt m. E. mit Recht hervor, daß vom Standpunkt des Parteiinteresses z. B. alle Rechtsnormen völlig gleich gelten müßten und eine Beschränkung der Revision mit Rücksicht auf das Geltungsgebiet der Rechtsnormen, wie dies § 549 ZPO. vorsieht, unverständlich wäre. Das Gleiche gilt von der in der ZPO. vorgesehenen Beschränkung der Revision auf einen bestimmten Beschwerdegegenstand und für die Scheidung zwischen Rechts- und Tatfrage, die einer der fundamentalen Sätze des Revisionsrechts überhaupt ist. Wenn es richtig ist, daß allein das Parteiinteresse bei der Revision maßgebend sei, so stehen diese Vorschriften entgegen, da es der einzelnen Partei ganz gleichgültig sein wird, ob sie durch einen tatsächlichen oder Rechtsirrtum beschwert ist und aus welchen Gründen das angefochtene Urteil vom Reichsgericht abgeändert oder aufgehoben wird.

2. Auch die Einführung der Revisionssumme entspringt bei richtiger Würdigung bereits dem Streben, eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten. Durch die Einführung dieser Revisionssumme sollte unter besonderer Betonung der vorgesehenen Plenarentscheidungen eine Gewähr dafür geschaffen werden, daß immerhin noch die Übersicht über die Rechtsprechung der einzelnen Senate möglich war und diese Möglichkeit im Einzelfall auch gewährt werden konnte[50]).

3. Bei der Betrachtung der Revision ist m. E. schließlich dem § 136 GVG. bisher zu wenig Beachtung geschenkt worden, denn gerade durch diese Bestimmung ist die dem Revisionsgericht namentlich obliegende Aufgabe, die der Wahrung der Rechtseinheit, zum Ausdruck gekommen.

Abschließend läßt sich daher feststellen, daß nicht nur die geschichtliche Entwicklung der Revision gegen die Mannheim'sche Lehre spricht, sondern daß die Unrichtigkeit dieser Lehre aus den Prozeßordnungen selbst hervorgeht; sowohl die Einführung einer bestimmten Beschwerdesumme als auch die durch das Gesetz getroffene Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage (vgl. § 561 ZPO) und schließlich die Einrichtung sog. Plenarentscheidungen deuten darauf hin, daß das Rechtsinstitut der Revision dem öffentlichen Interesse

[49]) Vgl. Weismann a.a.O. S. 181.
[50]) Vgl. hierzu Otto Fischer a.a.O. S. 279 ff.

2. Hauptteil.

Revisions- und Kassationsgründe

(causes d'ouvertures à cassation)

Revision und Kassation können grundsätzlich nur auf Gesetzesverletzungen gestützt werden. Der für das Prinzip wesentliche Begriff ist der der Gesetzesverletzung, die namentlich auch in der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm bestehen kann. Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, zu untersuchen, ob der von der deutschen Rechtsprechung auf Grund des § 561 ZPO. gemachte Unterschied zwischen Tat- und Rechtsfrage richtig und zweckmäßig ist oder ob für das Revisionsproblem allein von dem Begriff der „Gesetzesverletzung" ausgegangen werden muß. Sowohl in der deutschen als auch in der französischen Rechtsprechung spielt allein die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage (distinction du fait et du droit) die maßgebende Rolle, sodaß ein Revisionsgericht oder der Kassationshof nur dann die angefochtene Entscheidung einer Prüfung unterziehen kann, wenn diese eine Verletzung des Gesetzes enthält (oder unter Verletzung des Gesetzes zustande gekommen ist). Grundsätzlich sind diese Gerichte nicht zur Prüfung berufen, ob der Vorderrichter den zur Entscheidung vorliegenden Fall in sachlicher Beziehung richtig behandelt, insbesondere die Tatsachen richtig festgestellt hat. Es soll daher auch hier die in beiden Staaten maßgebliche Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage (distinction du fait et du droit) beibehalten werden.

Innerhalb des Hauptbegriffes „Gesetzesverletzung" ist wiederum zu unterscheiden zwischen der Verletzung materieller und der prozessualer Rechtsnormen (la violation des formes prescrites en peine de nullité); mit einer Verletzung von Prozeßvorschriften kann jedoch die Kassation nur dann begründet werden, wenn gegen z w i n g e n d e Prozeßvorschriften verstoßen und die Erhebung einer requête civile (Art. 480 code de procédure civile) nicht möglich ist.

Die Formverletzungen werden ihrerseits in der Rechtsprechung nach dem Gesichtspunkte unterschieden, ob sie das Verfahren v o r dem Urteil oder das Urteil selbst betreffen. Die vor der Urteilsfällung verletzten Verfahrensvorschriften können nur dann einen Kassationsgrund abgeben, wenn das Gericht von den Parteien auf die Verletzung der Formenvorschrift vergeblich hingewiesen worden ist oder wenn es sich um eine dem Richter zurechenbare Formverletzung handelt (irrigularité imputable au juge) oder wenn es sich bei der verletzten Formvorschrift um eine Norm handelt, die im öffentlichen Interesse erlassen worden ist[1]).

[1]) Vgl. Glasson-Tissier a.a.O. III S. 468; Freitag a.a.O. S. 58.

§ 6. Absolute Revisions- und Kassationsgründe.

Das Prozeßrecht in beiden Staaten enthält weiterhin Vorschriften, bei deren Verletzung absolute Revisions- bzw. Kassationsgründe gegeben sind, mit anderen Worten, bei deren Vorliegen eine unwiderlegliche Vermutung für die Ursächlichkeit der Gesetzesverletzungen angenommen wird, sodaß die Aufrechterhaltung der Entscheidung nicht möglich ist. (Vgl. z. B. § 563 ZPO.)

I. Diese sog. absoluten bzw. unbedingten Revisionsgründe (die das Urteil selbst betreffenden Formverletzungen) sind in den §§ 551 ZPO, 338 StPO aufgeführt; sie finden sich im französischen Recht in verschiedenen Rechtsquellen.

Uebedingte Revisionsgründe sind in beiden Rechtsordnungen:

1. nicht ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts. (§§ 551 Ziff. 1 ZPO, 338 Ziff. 1 StPO, entsprechend den Art. 141—144, 180, 200, 218, 253 cod. d'instr. crim. etc.; Art. 7 de la loi du 20 avril 1810; Art. 16 de la loi du 27 ventôse an VIII; décret du 6 juillet 1810; loi du 4 mars 1831; loi du 21 nov. 1872; Art. 1 de la loi du 3 août. 1883. Diese Vorschriften erfassen inhaltlich auch die Ziffern 2 und 3 der §§ 551 ZPO bzw. 338 StPO.)

2. Einen absoluten Revisionsgrund gewährt weiterhin das Übergreifen des Richters in die Gerichtsbarkeit eines anderen Gerichts: die Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts, und zwar sowohl die sachliche, örtliche und geschäftliche Unzuständigkeit. § 549, II ZPO. schließt jedoch die Revision wegen örtlicher Unzuständigkeit in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ausdrücklich aus.

Diesen Vorschriften entsprechen im französischen Recht die Bestimmungen der Art. 504, code de procédure civile, Art. 299, 408 und 416 cod. d'instr. criminelle und Art. 77 du loi du 27 ventôse an VIII. Wie im deutschen Recht, werden auch hier Unterschiede gemacht zwischen den verschiedenen Fällen der Unzuständigkeit, der sog. incompétence absolue — ratione materiae — und incompétence relative — ratione personae —. Die sachliche Unzuständigkeit bildet stets einen Kassationsgrund, da hier eine nachträgliche Heilung des Verfahrensmangels nicht möglich ist. Die örtliche Unzuständigkeit wird in beiden Rechtsordnungen durch Erscheinen der Parteien vor Gericht als geheilt angesehen. Lediglich in solchen Fällen, wo der Einwand der Unzuständigkeit durch ein Appellationsgericht zu Unrecht zurückgewiesen worden ist, steht den Parteien der Weg zur Kassation offen.

Von den Fällen der Unzuständigkeit ist das Übergreifen des Richters in das Zuständigkeitsgebiet einer artverschiedenen Behörde, der sog. l'excès de pouvoir, zu unterscheiden; es ist nunmehr durch die Rechtsprechung allgemein anerkannt, daß auch das Vorliegen des excès de pouvoir (vgl. Gesetz vom 27 ventose an VIII Art. 70, 80, 88) einen selbständigen Kassationsgrund abgibt, obwohl die Art. 249 und 408 cod. d'instr. crim. ihn als selbständigen Kassationsgrund nicht

aufführen. Im Allgemeinen liegt excès du pouvoir vor, wenn ein Gericht die von ihm zu beachtenden sachlichen Zuständigkeitsvorschriften überschreitet und in die Zuständigkeit der Gesetzgebungs- und Verwaltungsorgane eingreift[2]). Die Rüge dieser Machtüberschreitung kann sowohl von der Partei[3]) als auch auf Anweisung des ministère de la justice von dem Procureur général près la Cour de cassation erhoben werden.

Das auf Antrag des procureur général ergehende Urteil des Kassationshofes hat, ohne Rücksicht auf das Verhalten der Parteien, diesen gegenüber volle Wirkung. „L'arrêt de cassation a effet „erga omnes" sans qu'il soit besoin de mettre des parties en cause."[4])

3. Als weiterer absoluter Revisionsgrund bzw. Kassationsgrund gilt der Mangel der Öffentlichkeit des Verfahrens. Dieser Beschwerdepunkt entspringt dem das Prozeßrecht beider Staaten beherrschenden Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung[5]). (§§ 551 Ziff. 6 ZPO. und 338 Ziff. 6 StPO. entsprechen im französischen Recht dem Art. 24 tit. 8 loi 16—24 sept. 1791.)

4. Ein weiterer Revisions- bzw. Kassationsgrund ist gegeben bei Fehlen jeglicher Urteilsgründe. Hierzu werden nicht die Fälle gerechnet, in denen die Urteilsgründe unrichtig oder unvollständig sind, sondern hierzu gehören lediglich solche Urteile, die überhaupt nicht mit Urteilsgründen versehen sind. (§§ 551 Ziff. 7 ZPO., 338 Ziff. 7 StPO.; im französischen Recht: art. 408 cod. d'instr. crim.)[6])

5. Im deutschen Recht bestehen daneben noch folgende absolute Revisionsgründe: § 338 Ziff. 5 StPO. und § 551 Ziff. 5 ZPO.: eine Entscheidung ist stets als auf einer Gesetzesverletzung beruhend anzu-

---

[2]) Vgl. Dalloz a.a.O. Répertoire pratique Nr. 302 ff.; Japiot a.a.O. 303: il y aurait excès de pouvoir dans le cas seulement, où le juge aurait empiété sur les attributions reservées aux organes du pouvoir législatif, aux organes du pouvoir exécutif ou aux agents de l'administration. Glasson-Tissier a.a.O. I. S. 701.

[3]) Dalloz a.a.O. Nr. 303. Die Rechtsprechung des Kassationshofes hat folgende Fälle als unter den excès de pouvoir fallend herausgearbeitet: a) critique des actes legislatifs (Cass. 13 juin 1875 — D. 79. 1. 277 —; Cass. 17 mai 1907 — S. 1908. 1. 249. —) b) la critique des actes fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire, et les injonctiones adressées soit au ministère public soit à une juridiction soit à un de ces fonctionaires (Cass. 19 août. 1869 — S. 70. 1. 152 —, cass. 15 décembre 1879 — D. 81 —; 13 janv. 1881 — D. 81. 89 —; 30 nov. 1888 — P. 89. 1. 38. —) c) les empiétements d'une juridiction sur les pouvoirs du législateur ou sur les pouvoirs d'une autre juridiction (cass. 10 mai 1850 — S. 502. 403. —)

[4]) Vgl. Glasson-Tissier a.a.O. III S. 460.

[5]) In beiden Prozeßordnungen finden sich Vorschriften über die Möglichkeit eines Ausschlusses der Öffentlichkeit.

[6]) Vgl. Grünberg a.a.O. S. 95 f.; es gilt der Satz: „Que les motifs soient bons ou mauvais a-t-on coutume de dire peu importe, ce qui importe c'est qu'il y ait des motifs." Vgl. RG in JW 1935, 543: „§ 338 Z. 7 setzt voraus, daß das Urteil bezüglich der abgeurteilten Handlung, oder, falls mehrere strafbare Handlungen in Betracht kommen, hinsichtlich der einen oder anderen von ihnen überhaupt k e i n e Gründe enthält. Mangelhaftigkeit der vorhandenen Gründe genügt dagegen nicht."

sehen, wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Staatsanwalts oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat, bzw. wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach den Vorschriften des Gesetzes vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

§ 338 Ziff. 8 entspricht der französischen Strafprozeßbestimmung, daß Kassation wegen violation des règles légales sur les exceptions et les preuves stets gegeben ist, und sie umfaßt auch die Kassation wegen refus ou ommission de statuer sur les conclusions ou réquisitions.

II. Schließlich hat das französische Recht noch weitere selbständige Kassationsgründe vorgesehen, die für das deutsche Recht nicht gelten und dem französischen Recht eigentümlich sind, sich insbesondere aus der ursprünglichen verfassungsrechtlichen Sonderstellung des Kassationshofes ergeben. Erwähnenswert in diesem Zusammenhange ist insbesondere die cassation pour contrariété des jugements en dernier ressort des tribunaux différents (art. 504 cod. de proc. civ.).

Dieser Kassationsgrund trifft Fälle widersprechender Urteile letzter Instanz zwischen denselben Parteien über denselben Rechtsstoff und durch verschiedene Gerichte. Die Anwendung dieses Kassationsgrundes ist in der Praxis der französischen Gerichte äußerst selten festzustellen, was sich aus der selten eintretenden Voraussetzung erklärt, daß dieselbe Sache mit denselben Parteien bei verschiedenen Gerichten anhängig war und verschieden beurteilt wurde (identité des parties, d'object et de cause)[7]).

§ 7. Gesetzesverletzung im „engeren Sinne".
(violation de la loi proprement dite.)

Gemäß § 549 ZPO. kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder einer sonstigen im Bezirke des Berufungsgerichts geltenden Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt oder die dem Bergrecht, dem gemeinen Recht, dem französischen Recht oder dem badischen Landrecht einschließlich seiner Zusätze angehört.

[7]) Vgl. Civ. 9 avril 1913, — DP 1914. 1. 198 —; Civ. 14 mai 1861 — D. 61. 1. 378 —; Civ. 4 janv. 1928 — D. H. 1928. 136 —. Il faut supposer que a) deux jugements ent été rendus sur les demandes identiques.

b) le premier jugement a été rendu en dernier ressort ou est passé en force de chose jugée.

c) le second est en dernier ressort.

d) il y ait contrariété entre les deux décisions de sorte qu'il soit impossible de les exécutér l'une et l'autre. Siehe Japiot a.a.O. Nr. 1108 und 1127; Dalloz: petite collection S. 221: décisions doivent être inconciliables entre eux; vgl. auch über die Frage, ob an dem im Art. 504 Code de procédure civile aufgestellten Erfordernis, daß beide Urteile letztinstanzlich sein müssen, festzuhalten ist: Garsonnet a.a.O. S. 601; Fuzier-Hermann a.a.O. S. 327.

§ 337 StPO. führt als Revisionsgrund die Verletzung des Gesetzes an und erläutert im Abs. II, daß Gesetzesverletzung bei Nicht- oder nicht richtiger Anwendung einer materiellen oder prozessualen Norm vorliegt. (Vgl. auch § 550 ZPO.)

Wenn wir eine so präzisierte Regelung weder im code de procédure civile noch im code d'instruction criminelle vorfinden, so liegt das, wie oben bereits ausgeführt, an der im 18. Jahrhundert erfolgten Umgruppierung des Kassationshofes, der sich aus dem früheren conseil du roi entwickelt hat und dessen Gründung als Kassationshof auf dem Gesetz vom 21. 8. 1790 und dem décrét der ersten Revolutionsregierung vom 27. 11. 1790 beruht. Die betreffenden prozeßrechtlichen Vorschriften haben infolge der verhältnismäßig frühen Entwicklung in einzelnen Gesetzen und Verordnungen ihren Niederschlag gefunden. Das oben zitierte Gesetz vom 27. 11. 1790 besagt im Art. 3 grundlegend sowohl für das Zivil- als auch Strafprozeßverfahren folgendes: Le tribunal de cassation annullera toutes procédures, dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra un contravention expresse au texte de la loi. Hieraus ergibt sich, daß — ebenso wie im deutschen Revisionsrecht — auch hier ein Unterschied gemacht werden muß zwischen der violation des formes (error in procedendo) und der contravention expresse au texte de la loi (error in judicando)[8]. Diese grundlegende Bestimmung, welche die Kassation wegen materiellrechtlicher Verstöße einer Bedingung unterwirft (contravention expresse), ist von der französischen Rechtsprechung fortentwickelt, und man kann sagen, daß im deutschen als auch im französischen Recht die Revision bzw. Kassation wegen sachlicher Mängel nur möglich ist, wenn eine Gesetzesverletzung vorliegt, die für die angefochtene Entscheidung kausal ist.

Eine Gesetzesverletzung (la violation de lo loi proprement dite) liegt immer dann vor, wenn der gesetzliche Tatbestand (die Rechtsnorm) falsch festgestellt ist, und zwar derart, daß die Bedeutung einer Norm als Rechtsnorm verkannt oder ein Rechtssatz falsch ausgelegt oder seine örtliche oder zeitliche Herrschaft unrichtig bestimmt worden ist[9].

§ 8. „Gesetz" im Sinne der einschlägigen prozessualen Bestimmungen.

Gesetz ist vorerst in Gegensatz zu bringen zu den dem Prozeß zugrunde liegenden Tatsachen, m. a. W., Gesetz ist jede nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts durch die Quelle des objektiven Rechts in gültiger Weise geschaffene Norm, gleichgültig, ob normierte Vorschrift oder Gewohnheitsrecht.

Es bedarf keiner näheren Ausführung, daß sowohl in Frankreich als auch im deutschen Recht die Kassation bzw. Revision nicht ge-

[8]) Ebenso Glasson-Tissier a.a.O. III. S. 467; Freitag a.a.O. S. 54.

[9]) Vgl. Stein-Jonas a.a.O. § 549 III B 1; Rosenberg a.a.O. § 146 III, 2a; Loewe-Rosenberg zu § 337 Anm. 4a.

stützt werden kann auf Verletzung sog. Rundverfügungen oder ministerieller Erlasse, es sei denn, daß es sich um gesetzliche Auslegungsvorschriften handelt, die von dem zuständigen Organ der Staatsgewalt, sei es auf Grund ihrer allgemeinen, sei es vermöge einer speziellen Ermächtigung durch ein anderes Gesetz, — in beiden Fällen also mit Gesetzeskraft — erlassen worden sind. So sind z. B. Gesetze im Sinne der Prozeßordnungen auch die Eisenbahnverkehrsordnung, die Eisenbahnbau- und Betriebsordnung, die Post- und Telegrafenordnung etc.[10]). Demgemäß wird bei den einzelnen Vorschriften stets zu ermitteln sein, ob sie lediglich innerhalb der Verwaltung Geltung besitzen oder ob sie als Rechtssätze sich auch an Dritte wenden. (Vgl. Förster-Kann, ZPO. Bd. II § 549 Anm. 1.)

§ 9. Gewohnheitsrecht und Handelsbrauch.

1. Im deutschen Prozeßrecht ist der Gewohnheitsrechtssatz kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung einer gesetzten Rechtsnorm gleichgestellt (§ 12 EGZPO.), sodaß auch auf die Verletzung eines Gewohnheitsrechtssatzes die Revision jederzeit gestützt werden kann.

2. Im französischen Recht war die Verletzung eines Gewohnheitsrechtssatzes ursprünglich ebenfalls Kassationsgrund. Die Rechtsprechung wie auch die französische Rechtslehre haben jedoch die Kraft der Gewohnheitsrechtssätze erheblich abgeschwächt und allgemein angenommen, daß eine Kassation nur dann auf Verletzung eines Gewohnheitsrechtssatzes, einer Verkehrssitte oder eines Handelsbrauches gestützt werden kann, wenn diese durch entsprechende gesetzliche Vorschriften bestätigt sind[11]). Diese Rechtsansicht entspricht Grundsätzen, die man allgemein bei der Behandlung dieses Problems vorfindet: das Bedürfnis nach Erhaltung der Rechtseinheit bestände deshalb nicht, weil wegen des raschen Wandels und der örtlichen Verschiedenheit solcher Rechtsquellen eine einheitliche Anwendung garnicht gewünscht werde. Die Be-

---

[10]) Siehe hierzu auch Dalloz: Repertoire pratique . . . Nr. 285: Le mot loi droit être entendu dans le sans le plus large; il ne s'agit pas seulement de l'acte de pouvoir législatif, qui seul constitue la loi en sans propre du mot, mais encore de toutes actes ayant force de loi.

Vgl. auch RGZ 79, 154: Zu den Rechtsnormen gehören nicht nur Gesetze im engeren Sinne und das Gewohnheitsrecht, sondern auch alle gesetzmäßig zustande gekommenen Verordnungen, insbes. auch die innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen, soweit sie sich als Rechtsverordnungen darstellen. S. auch RGZ. 48, 84; RArbGer. in ArbR. 14, 126: „Die von der Deutschen Reichsbahngesellschaft erlassenen Vorschriften zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums sind als objektive Rechtsnormen auch dann zu beachten und anzuwenden, wenn sie in der Tatsacheninstanz nicht vorgetragen sind."

[11]) Siehe Grünberg a.a.O. S. 90 ff.; Freitag a.a.O. S. 55 f.; Crome a.a.O. Bd. 2 S. 360; Crépon a.a.O. Nr. 1890, 1894, 1899; Glasson-Tissier a.a.O. III S. 476: „La jurisprudence ne considère pas la violation d'une règle coutumière, d'une simple coutume comme pouvant donner lieu a cassation."

trachtungsweise, ob eine Rechtsquelle Rechtsnorm ist oder nicht, geschieht daher auch hier nur nach dem Gesichtspunkt der dem Kassationshof zugewiesenen Funktionen.

Grundsätzlich ist daher zu sagen, daß das Gewohnheitsrecht wie auch die Handelsbräuche lediglich eine Tatsache darstellen, für die allein die unabhängige Würdigung des Tatrichters maßgebend ist, dessen Entscheidung in dieser Hinsicht weder der Kontrolle noch der Zensur des Kassationshofes unterliegt[12]). Gewohnheitsrechtssätze und Handelsbräuche werden vielmehr nur als Auslegungselemente verwertet, und zwar als solche des Gesetzes oder des Parteiwillens.

Verschiedene Handelsbräuche, denen darüber hinaus eine außergewöhnliche Bedeutung zukommt, sind in dem Gesetz vom 13. 6. 1866 zu dem Zwecke zusammengefaßt, bestimmte Handelsverkaufsbräuche festzustellen und auf diese Weise mit Gesetzeskraft auszustatten.

Nach einer der deutschen Rechtslehre sehr ähnlichen Terminologie unterscheidet Marty[13]) Feststellung und Auslegung einerseits und Anwendung der „usages" andererseits.

Die Bewertung und Feststellung ist grundsätzlich eine dem Tatrichter zu überlassende Tätigkeit; im Gegensatz hierzu liegen mehrere Urteile des Kassationshofes vor, in denen er die usage selbst festzustellen scheint. Marty[14]) bemerkt hierzu m. E. mit Recht, daß diese von den Grundsätzen der Judikatur des Kassationshofes abweichenden Erkenntnisse deshalb unbedeutend und in ihrer Auswirkung nicht zu übertreiben seien, weil in diesen Fällen Notorietät der fraglichen „usages" vorlag und der Kassationshof deshalb die Entscheidung aufhob, weil der Vorderrichter aus der usage eine der allgemeinen Anschauung nicht entsprechende Feststellung getroffen, ihr also eine fehlerhafte Bedeutung zugelegt hatte.

Eine Aufhebung des Urteils erfolgt in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts wie auch des Kassationshofes bei falscher Anwendung (application) des Gewohnheitsrechtssatzes oder des Handelsbrauches[15]).

§ 10. Bedeutung ausländischer Rechtsnormen.

Zur Frage der Revisibilität ausländischen Rechts ist Folgendes festzustellen:

1. a) Nach der Novelle vom 27. 10. 1933 (RGBl. I S. 788) kann die Revision im Zivilprozeß auch auf die Verletzung des französischen oder des badischen Landrechts[16]) gestützt werden. Dabei ist es be-

[12]) Vgl. Crépon a.a.O. Nr. 1890, 1894, 1899.
[13]) a.a.O. S. 115 ff.
[14]) a.a.O. S. 117 f.
[15]) Weitergehend in neuester Zeit Geny a.a.O. Bd. II S. 202, der nicht nur die Anwendung einer coutume, sondern auch die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Gewohnheitsrechtssatzes der Kontrolle des Kassationshofes unterwerfen will.
[16]) Sofern es noch ausländischen Inhalt hat.

langlos, ob in der zur Entscheidung stehenden Frage das deutsche mit dem ausländischen Recht tatsächlich übereinstimmt[17]); maßgebend ist vielmehr die Tatsache, daß ausländisches Recht angewendet worden ist, der Inhalt ist unerheblich. Da die in dem EGBGB. aufgestellten Normen Bestandteile des deutschen Rechts geworden sind, kann eine Revision auch mit der Begründung eingelegt werden, ausländisches Recht im Sinne des § 549 ZPO. oder der Bestimmungen des EGBGB. sei verletzt worden[18]). Im übrigen wird vom Revisionsgericht das im Ausland geltende Recht lediglich als Tatsache bewertet und daher ein Revisionsgrund wegen Verletzung ausländischen Rechts nicht anerkannt[19]). Dieser vom Reichsgericht allgemein angewandte Grundsatz findet auch eine Stütze im § 293 ZPO., aus dem hervorgeht, daß das Gericht zwar die Ermittelung ausländischen Rechts — ebenso wie des deutschen — von Amts wegen vorzunehmen habe, aber die Unterstützung der Parteien in Form von Nachweisen verlangen könne.

b) Im Strafprozeßrecht gibt die Verletzung ausländischen Rechts stets einen Revisionsgrund wegen Gesetzesverletzung ab. Die StPO. enthält keine der ZPO. entsprechende Einschränkung, und im Strafprozeßverfahren ist allgemein anerkannt, daß die Revision auch mit der Verletzung ausländischen Rechts begründet werden kann. Soweit der Strafrichter überhaupt in die Lage kommt, ausländisches Recht anzuwenden (§ 4 Ziff. 3 StGB.), kann im Interesse der Gerechtigkeit und der Garantiefunktion kein Unterschied zwischen ausländischem und deutschem Recht gemacht werden[20]).

2. Im französischen Recht ist für die Frage der Kassationsfähigkeit ausländischer Rechtsnormen allein der Gedanke maßgebend, daß der Kassationshof eingerichtet ist, um die Achtung und Anwendung des französischen Rechts zu sichern[21]), nicht aber um die Beachtung fremden Rechts zu garantieren; die Verletzung oder falsche Auslegung ausländischen Rechts stellt demnach lediglich ein mal jugé — also zwar ein fehlerhaftes Urteil — dar, das aber mit der Kassation nicht angreifbar ist[22]).

---

[17]) Vgl. RGZ. 78, 49; 96, 98.

[18]) Z. B. bei Anwendung fremden statt deutschen Rechts; vgl. RG. JW. 1900, 557 oder RGZ. 136, 362: bezüglich solcher Fälle, wo der Inhalt ausländischen Rechts lediglich eine Vorfrage für die einer deutschen Norm zu entnehmende Entscheidung über die Anwendung deutscher Gesetze ist; s. auch RGZ. 115, 105.

[19]) Vgl. hierzu RGZ. 95, 272.

[20]) Siehe hierzu Loewe-Rosenberg a.a.O. Anm. 3 zu § 337 StPO.; RGSt. 10, 285; 57, 48.

[21]) Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die Unterschiede in der Rechtsprechung bezüglich des in den französischen Kolonien geltenden Rechts nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu Glasson-Tissier a.a.O. III S. 478: „la loi étrangère se trouve en ce cas assimilée à la loi française et son interprétation tombe sous le contrôle de la Cour de cassation."

[22]) Vgl. z. B. Civ. 12 fev. 1879 — S. 1879 I. 121 —, 12 fév. 1895 — S. 96. 1. 401 —; 19 mars 1918 — S. 1918. 19. 183 —; 21 juillet 1922 — S. 1922. 1. 256 — u. die bei Marty a.a.O. S. 32 Anm. 1 zitierten Entscheidungen des Kassationshofes.

Von dieser falschen Anwendung ausländischen Rechts ist die Weigerung des französischen Richters zu unterscheiden, in einem ihm vorliegenden Falle ausländisches Recht überhaupt anzuwenden. Diese Weigerung stellt sich, ebenso wie im deutschen Recht, als eine Verletzung des französischen Rechts selbst dar und berechtigt die Partei zur Erhebung der Kassation[23]).

In der französischen Rechtslehre ist die Frage der Kassationsfähigkeit ausländischen Rechts stark bestritten, insbesondere die Judikatur des Kassationshofes in jüngster Zeit heftig bekämpft worden. Die Mehrzahl der Schriftsteller[24]) geht davon aus, daß die Anwendung ausländischen Rechts in Frankreich an eine direkte oder indirekte Bezugnahme in den französischen Rechtsnormen gebunden sei; und insoweit deckt sich der Ausgangspunkt der Erörterungen dieser Autoren mit der Rechtsprechung des Kassationshofes, der bei der Weigerung eines Richters, ausländisches Recht überhaupt anzuwenden, die Kassation wegen Verletzung französischen Rechts zuläßt. Obengenannte Schriftsteller ziehen jedoch aus dieser Rechtsprechung Schlußfolgerungen, zu denen der Kassationshof bisher unmittelbar noch nicht Stellung genommen hat: Der Kassationshof müßte nicht nur eingreifen, wenn der Unterrichter ausländisches Recht anzuwenden sich weigere, sondern auch wenn er unter der Behauptung, es anzuwenden, das ausländische Recht ungenau anwendet oder seine Vorschriften fehlerhaft auslegt. Sie[25]) gehen also davon aus, daß Anwendung und Auslegung nicht zu trennen seien, und sind der Meinung, daß der französische Gesetzgeber von seinen Richtern eine richtige Anwendung ausländischen Rechts verlange und jede falsche Auslegung oder fehlerhafte Feststellung eine Verletzung des französischen Rechtes darstelle. Diese Ansicht verschiebt jedoch das Problem. Es handelt sich, wie dies der Kassationshof bisher stets betont hat, allein darum, ob das fremde Recht, wenn es in Frankreich angewendet wird, den Charakter einer festzustellenden Tatsache oder den einer Rechtsvorschrift hat[26]). Mag das ausländische Recht in seinem Geltungsbezirk auch eine Gesetzesvorschrift darstellen, so empfängt es Gesetzeskraft von einem fremden Gesetzesgeber, es bleibt also ausländisches Recht. Der Kassationshof ist aber nach dem Willen des französischen Gesetzgebers nur dazu eingerichtet, die Einheit bei der Anwendung französischen Rechts durch Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren, nicht aber hat er für die richtige und einheitliche Anwendung ausländischen Rechts Sorge zu tragen[27]).

---

[23]) Siehe insbes. Glasson a.a.O. Nr. 951 ff. und Crépon a.a.O. Nr. 1942 ff.

[24]) Vgl. Niboyet: Manuel de droit international privé Nr. 479 bis 484 S. 602; Colin a.a.O. S. 406, 794 und 796; Boquel a.a.O. S. 177.

[25]) Vgl. auch Marty a.a.O. S. 147.

[26]) Vgl. insbes. Cass. 19 mars 1918 (S. 1918. 1. 83); 30 mai 1876 (S. 1876. 1. 352).

[27]) Cass. 27 avril 1912 — S. 1914. 1. 171 —. Cass. 23 fev. 1874 — S. 1874. 1. 145 —.

3. Wie die vergleichende Darstellung zu dieser Frage ergibt, finden sowohl im deutschen Revisions- als auch im Kassationsrecht dieselben Grundzüge Anwendung: Feststellung und Auslegung ausländischer Gesetze sind Tatsachenfeststellungen und -bewertungen, die der Kontrolle des Kassationshofes oder des Revisionsgerichts nicht unterliegen. Ausländisches Recht hat lediglich Tatsachencharakter, es ist daher nicht nur von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern seine Anwendung muß von den Parteien beantragt und seine Vorschriften dem Gericht unterbreitet oder auch auf Verlangen bewiesen werden.

§ 11. Bedeutung der Ordnungs- (Soll-) und Verfahrensvorschriften für die Frage der Nachprüfung durch das Revisionsgericht oder den Kassationshof.

Zu den Rechtsnormen im Sinne der Revisionsvorschriften gehören nicht nur solche des materiellen Rechts; die Eigenschaft einer Vorschrift als Rechtsnorm ist vielmehr immer dann zu bejahen, wenn sie in gesetzmäßiger Form erlassen ist und objektives Recht schafft[28]). Für die Frage der Rechtsnormeigenschaft ist es also unerheblich, ob im Einzelfalle die unbedingte Befolgung der Vorschrift vorgeschrieben oder dem Richter die Möglichkeit gegeben ist, in besonderen Fällen von den Rechtsvorschriften abzuweichen.

Sowohl das deutsche als auch das französische Recht macht bei der Frage der Revisibilität einen Unterschied, ob es sich um sog. Soll- oder Mußvorschriften handelt. Es ist insbesondere in der Rechtsprechung allgemein anerkannt, daß die Verletzung sog. „Sollvorschriften" eine Revision nicht begründen könne[29]).

Es macht dagegen keinen Unterschied, ob eine materielle oder lediglich eine prozessuale Norm vom Richter verletzt worden ist. Daher ist die Einlegung der Revision bzw. die Geltendmachung der Kassation auch stets in solchen Fällen zulässig, wo vom Vorderrichter lediglich eine Prozeßvorschrift, deren Anwendung das Gesetz bindend vorschreibt, verletzt oder nicht angewandt worden ist[30]).

Wie bereits oben[31]) auseinandergesetzt, kann eine Kassation auch mit der Verletzung bindender Prozeßvorschriften begründet werden, sofern das Rechtsmittel der requête civile nicht gegeben ist.

---

[28]) Vgl. hierzu Mannheim a.a.O. S. 142; Jellinek a.a.O. S. 113 f.

[29]) So RG in JW 1930, 2571 (betr. Reihenfolge der Schlußanträge); a. A. Mannheim a.a.O. S. 142 ff.; RGSt. 42, 168 zu § 248 StPO. (nur „instruktionelle Vorschrift"); RG. JW. 1935, 47 zu § 64 StPO.; RG. JW. 1935, 372 zu § 267 StPO. u. JW. 1935, 2469 zu § 83 StPO.; vgl. auch RGSt. 69, 18 zu § 229 StPO.; RArbG. in Bensh. Sammlg. 21, 217 zu § 161 ZPO. u. a. m.

[30]) Vgl. Loewe-Rosenberg a.a.O. § 337 Anm. 3a; Rosenberg a.a.O. § 146, III 2b; Grünberg a.a.O. S. 35; Japiot a.a.O. Nr. 1126: l'inobservation des formes prescrites par la loi à peine de nullité dans la procedure; loi 27 nov. 1790 art. 3; loi 4 germ. an II art. 2 à 4; const. 5 fruct. an III art. 255; const. 22 frim. an VIII art. 66.

[31]) s. oben vor § 6.

Eine generelle Entscheidung darüber, wann die requête civile oder der pourvoi en cassation gegeben ist, kann bei der Fassung des Art. 480 Code de procedure civile nicht getroffen werden, da Art. 480 ganz allgemein als Grund für die requête civile die Verletzung von Prozeßvorschriften anführt. Die Rechtsprechung macht die Zulässigkeit des einen oder anderen Rechtsmittels davon abhängig, ob die Formverletzung dem Richter zurechenbar ist oder nicht; nur im ersteren Falle wird das Vorliegen eines Kassationsgrundes angenommen[32]).

§ 12. Zulässigkeit der Revision und Kassation bei richterlichen Ermessensentscheidungen.

Die Gesetze enthalten, wie dies oben bereits aufgezeigt, zum größten Teil bindende Anweisungen an den Richter, Rechtsnormen in bestimmter Weise anzuwenden; zuweilen lassen jedoch die gesetzlichen Vorschriften jeden Fingerzeig über die Richtung, nach der das Gesetz anzuwenden ist, vermissen. In solchen Fällen spricht die Rechtswissenschaft wie auch die Rechtsprechung von freiem richterlichen Ermessen.

1. Die Ausübung dieses freien Ermessens liegt nach herrschender Lehre zwischen der bindenden Anweisung des Gesetzgebers, ein Gesetz in bestimmter Weise auszulegen, und dem allgemeinen Verbot, freies Ermessen nicht nach Willkür walten zu lassen[33]).

So argumentiert das Reichsgericht sowohl in Straf- als in Zivilsachen, daß die Ausübung des dem Richter anheim gegebenen freien Ermessens im vorliegenden Falle weder Prozeßvorschriften verletze, noch die ihm gezogenen Schranken überschreite und daher keinen zur Aufhebung des Urteils berechtigenden Verfahrensmangel bilde. (RG. in JW. 1920, 647; RGZ. 76, 175: bei der Feststellung des Schadensbetrages hat das Ermessen des Gerichts frei zu walten, und seine diesbezüglichen einzelnen Erwägungen können im allgemeinen nicht Gegenstand der Nachprüfung in der Revisionsinstanz bilden[34]).

Der Gesetzgeber überläßt dem Richter ein freies Ermessen sowohl in solchen Fällen, in denen der Richter einen Ausspruch über die Rechtsfolgen tun soll (sog. Rechtsfolgeermessen), z. B. bei der Strafzumessung — § 32 StGB. —, bei der Einziehung — § 40 StGB. —, bei der Kompensation und Retorsion — §§ 199, 233 StGB. —, weiterhin bei den sog. Prozeßverfügungen des Richters, als auch in den Tat-

[32]) Glasson-Tissier a.a.O. III S. 498; so auch Freitag a.a.O. S. 58.

[33]) Vgl. Drost a.a.O. S. 13; Pagendarm a.a.O. S. 50 ff.

[34]) Weitere Rechtsprechung hierzu: RG. in JW. 1930, 2571 (zu 326 StPO: Reihenfolge der Schlußanträge); OLG Dresden in JW 1933, 433 (zu § 273, III StPO: Protokollierung von Zeugenaussagen); RG. Warn. 1926, 47; RG. JW. 1927. 2416; Seuff. Arch. 82, 55; RG. JW. 1935, 47 zu § 64 StPO a. F.: „Die Frage, ob in den Fällen des § 61 StPO von der Vereidigung eines Zeugen abzusehen sei, ist in das Ermessen des Tatrichters gestellt. Einer näheren Darlegung der Gründe, die für die Ermessensentscheidung bestimmend waren, bedarf es nicht."

beständen des Gesetzes selbst (sog. Tatbestandsermessen). In den letzteren Fällen überläßt der Gesetzgeber mangels einer ausdrücklichen Begriffsbestimmung dem Richter, welche tatsächlichen Vorgänge er unter die allgemeine, unbestimmte Norm subsumieren will; z. B. ob ein tatsächlicher Vorgang ein Verhalten gegen die guten Sitten sei oder eine schwere Eheverfehlung darstelle[35]). von Laun[36]) unterscheidert zwischen „freiem" und „gebundenem" Ermessen des Richters und lehnt die Revisibilität des freien Ermessens ab[37]).

Die Rechtsprechung der Revisionsgerichte hat einheitlich zu dieser Frage nicht Stellung genommen, sondern stellt es darauf ab, ob sein Eingreifen gesetzlich zulässig ist oder nicht.

Während z. B. das OLG Hamburg in JW. 1930, 3448 (zu § 467, II StPO.)[38]) darauf abstellt, daß nicht allein Tatsachen und Erwägungen tatsächlicher Art bei dieser Frage Berücksichtigung finden, sondern sie auch vom rechtlichen Gesichtspunkt aus geprüft werden müßte, und daher bei Irrtum über einen rechtlichen Gesichtspunkt auch die Revisionsinstanz einzugreifen hätte, hat das Reichsgericht zu § 287 ZPO in RGZ 76, 175 sich eindeutig dahin erklärt, daß bei der Feststellung des Schadensbetrages das freie Ermessen des Gerichts zu walten habe und seine Erwägungen nicht Gegenstand der Nachprüfung des Revisionsgerichts sein könnten . . .

Die übrigen zu dieser Frage vorliegenden Entscheidungen stehen grundsätzlich auf dem Standpunkt der Irrevisibilität des freien Ermessens, halten aber eine Aufhbung des Vorderurteils in solchen Fällen für möglich, wo die Entscheidung auf einem grundsätzlich falschen Erfahrungssatz[39]) beruht oder wo ein Rechtsirrtum vorliegt[40]).

Einheitlich lehnen die Entscheidungen des Reichsgerichts auch die Nachprüfung von Prozeßanordnungen ab, weil es sich hier um freies Ermessen des Vorderrichters handele, in das die Revisionsinstanz nicht eingreifen könne[41]). Im Gegensatz zu dieser herrschenden Rechtsprechung und Rechtslehre haben sich namentlich Pohle[42]) (bezüglich der Strafzumessung), von Laun und Mannheim[43]) für die

---

[35]) Hierzu insbes. Drost a.a.O. S. 29; Heilbronn a.a.O. S. 18; Mannheim a.a.O. S. 150.

[36]) a.a.O. (Festschrift) S. 258 f.; siehe auch Pohle a.a.O. S. 56.

[37]) Freies — ungebundenes — Ermessen läge dann vor, wenn der Gesetzgeber nicht imstande sei, im Voraus durch Vorzeichnung eines zu verfolgenden Zweckes auch nur indirekt festzulegen, welches das geeignetste und allein richtige Verhalten in einer Angelegenheit sei. Siehe auch Drost a.a.O. S. 42.

[38]) Zurückgehend auf RGSt 45, 63; vgl. auch Bay. OLG. (St.) 19, 73 ff., ebenso RG JW 1930, 639.

[39]) So RGZ 76, 175.

[40]) So RGSt 38, 207; RGSt 8, 76; 23, 91: für die Strafzumessung. Zu § 27c StGB erklärt RG in JW 1930, 3324 hingegen, daß das freie Ermessen nicht nachprüfbar sei.

[41]) So RGSt JW 1929, 1058; RG in JW 1928, 1857; OLG Dresden JW 1929, 1058.

[42]) a.a.O. S. 68.

[43]) v. Laun a.a.O. S. 258 ff.; Mannheim S. 146 ff.

Revisibilität der Ermessensentscheidungen ausgesprochen, und insbesondere Mannheim hält jedes sachlich unrichtige Ermessen für revisibel.

2. Während in der deutschen Rechtswissenschaft[44]) die Lehre vom freien Ermessen Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen ist, findet man in Frankreich über eine Analyse des richterlichen Ermessens (pouvoir discrétionnaire du juge) sehr wenig. Erst in jüngster Zeit wurde sie zu einer Streitfrage zwischen den Schriftstellern des Verwaltungsrechts[45]). Lediglich Faye[46]), Garsonnet und Marty haben bisher zu diesem äußerst umstrittenen Problem Stellung genommen und sich auf den Standpunkt gestellt, daß ein richterliches Ermessen mit einer Kontrolle durch den Kassationshof unvereinbar sei, es sei denn, daß der Richter die ihm durch das Gesetz auferlegten Schranken überschritten habe. Marty a.a.O. S. 271 ist jedoch geneigt, den von Mannheim eingenommenen Standpunkt, jedes sachlich unrichtige Ermessen sei nachprüfbar, anzunehmen[47]). Er unterscheidet als Erster zwischen der Kassationsfähigkeit des freien Ermessens und dem Nachprüfungsrecht des Kassationshofes bei Anwendung bestimmter und unbestimmter Begriffe; letztere will er von dem hier vorliegenden Problem überhaupt ausnehmen.

Ebenso wie das deutsche materielle und prozessuale Recht enthält das französische Recht Kann- und Mußvorschriften (dispositions qui conferant un pouvoir discrétionnaire et dispositions impératifes). Der Kassationshof überläßt dem Tatrichter bei Anwendung der „Kannvorschriften" grundsätzlich freies Ermessen[48]).

Im Strafrecht hat er ebenso wie das Reichsgericht dem Unterrichter ein freies Ermessen hinsichtlich der Strafzumessung — innerhalb des Strafminimums und -maximums — zugebilligt[49]) und sich in solchen und ähnlichen Fällen bisher stets auf den Standpunkt gestellt, er könnte bei Vorliegen richterlichen Ermessens seine Kontrollbefugnis nicht ausüben.

3. Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß die Frage der Nachprüfbarkeit richterlichen Ermessens, insbesondere des Rechtsfolgeermessens, einheitlich dahin beantwortet wird, daß eine Nachprüfung nur vorgenommen werden kann, wenn eine Überschreitung der dem Richter durch die Rechtsordnung gesetzten Schranken vor-

[44]) Außer den bereits Zitierten: Tezner a.a.O. d. frei; Oertmann in DJZ 1912 S. 180 ff.; Stier-Somlo: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung.

[45]) Michoud a.a.O. S. 428 ff.; Haurion a.a.O. S. 340 ff.

[46]) Faye a.a.O. S. 166; Garsonnet et Cézar Bru a.a.O. Teil VI S. 657; Marty a.a.O. S. 266 ff. (275).

[47]) Vgl. S. 270.

[48]) So Requêt 3 janv. 1900 — S. 1900. I. 401 — zu art. 311 c. civ.; vgl. art. 377, 798, 1184 c. civ.; Cass. 2 mars 1863 — S. 1863 I, 425 — zu art. 448 c. comm.; weitere Beispiele: sur la garde des enfants au cas de divorce art. 302 c. civ.: Requ. 22 janv. 1867 — D. 1867 I 333 —; Réqu. 23 juillet 1923 — D. 1924 I 72 —.

[49]) z. B. Crim. 8 mars 1924 — S. 1925 I 380.

liegt; m. a. W., eine Nachprüfung ist immer nur dann zulässig, wenn sich herausstellt, daß die Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens nicht richtig bestimmt oder nicht eingehalten worden sind[50]).

Als dem Richter im Einzelfall auferlegte Rechtsschranke ist dabei einerseits die Beachtung des Sinnes und Zweckes der anzuwendenden Norm[51]) und weiterhin die Beachtung der allgemeinen Denk- und Erfahrungssätze anzusehen[52]). Die Beachtung dieser Beschränkungen gilt aber nicht nur bei der Anwendung richterlichen freien Ermessens, sondern hat bei jeder richterlichen Tätigkeit Bedeutung, sodaß hierüber in einem besonderen Teile gesprochen werden muß.

§ 13. Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze usw.

1. a) Denkgesetze sind allgemein anerkannte Regeln für die Bildung von Begriffen, Urteilen u. dgl.; Erfahrungssätze Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung und Bildung; sie umfassen einerseits die Regeln besonderer Fach- und Sachkunde, und sind z. T. aus den Beobachtungen des Lebens abgeleitet, zum anderen Teil sind sie gewonnen aus der Beschäftigung mit irgend einem wissenschaftlichen, gewerblichen oder sonstwie gearteten Fachgebiet[53]).

Eine scharfe Grenzziehung zwischen diesen beiden Begriffen wird wegen ihrer Allgemeingültigkeit außerordentlich schwierig[54]). Hinzu kommt, daß eine solche Grenzziehung auch dem Reichsgericht unerwünscht ist, da sie ihm zuweilen die Möglichkeit nehmen kann, in solchen Fällen einzugreifen, wo es entweder die Beweiswürdigung des Vorderrichters oder seine Subsumtion für fehlerhaft und mit den Denkgesetzen etc. als in Widerspruch stehend ansieht. Überhaupt ist in der Rechtslehre der Punkt richterlicher Tätigkeit, auf den das Revisionsgericht seine Lehre von der Revisibilität allgemeiner Denkregeln und Erfahrungssätze anwenden soll, außerordentlich bestritten.

b) Während Loewe-Rosenberg[55]) die Revisibilität solcher Sätze schlechthin verneint, weil sich aus der Gleichstellung von Rechtsnorm und Gesetz ergebe, daß Denkgesetze etc. keine Rechtsnormen seien, stellt Mannheim a.a.O. S. 75[56]) darauf ab, bei welchem Teile richterlicher Tätigkeit ein Denkgesetz oder allgemeiner Erfahrungssatz verletzt worden ist. Mannheim geht m. E. mit Recht davon aus, daß die Handhabung von Denkgesetzen zur Rechtsanwendung gehöre, und beschränkt die Revisibilität auf solche Fälle, in denen die fehlerhafte oder Nichtanwendung zu einer Gesetzesverletzung geführt hat[57]).

[50]) So auch Marty a.a.O. S. 275; Rosenberg a.a.O. S. 1034.
[51]) Vgl. Drost a.a.O. S. 53; Jellinek a.a.O. S. 337 ff.; OLG Hamburg in JW 1930, 3448.
[52]) Siehe unten § 13: Revisibilität der Denk- und Erfahrungssätze.
[53]) Vgl. Rosenberg a.a.O. § 114 III, 1.
[54]) Für sie setzt sich namentlich v. d. Pfordten a.a.O. S. 300 ein.
[55]) a.a.O. Anm. 3c zu § 337 StPO.
[56]) Ebenso Alsberg in JW 1932, 3070 Anm. zu 8.
[57]) Vgl. Mannheim a.a.O. S. 75 ff.; v. d. Pfordten a.a.O. S. 301; Pagendarm S. 14 f. 25 ff.

Die Frage, ob eine Revision auf die Verletzung von Erfahrungssätzen, Regeln des Lebens, des Üblichen und Gewöhnlichen u. dgl. gestützt werden kann, hat Stein in seiner Schrift: „Privates Wissen des Richters"[58]) eingehend untersucht, und das Reichsgericht ist ihm nahezu ohne jede Ausnahme gefolgt. Auch Stein will eine Nachprüfung durch den Revisionsrichter nicht dahin verstanden wissen, daß das Revisionsgericht die Regeln des Lebens, also tatsächliche Verhältnisse zu berücksichtigen und ihre Beurteilung schlechthin nachzuprüfen habe; für ihn ist es von entscheidender Bedeutung, bei welcher Gelegenheit und zu welchem Zwecke derartige Erfahrungssätze etc. vom Vorderrichter zur Anwendung gebracht worden sind. „Hat der Tatrichter Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung verwertet, so ist das Revisionsgericht machtlos; die Beweiswürdigung steht stets außerhalb seiner Nachprüfung. Ist dagegen ein Erfahrungssatz verwendet, um einen tatsächlichen Vorgang unter einen gesetzlichen Oberbegriff zu subsumieren, so ist dies nachzuprüfen; denn das Gesetz ist unrichtig angewandt, wenn es auf einen Tatbestand bezogen ist, der nicht darunter fällt."[59])

Wie Stein vertreten auch Sydow-Busch[60]), Hellwig a.a.O. § 239 III, Förster-Kann a.a.O. Anm. 2 zu § 550 ZPO die Ansicht, daß allgemeine Erfahrungssätze und Denkgesetze nicht beweisbedürftige Tatsachen im prozessualen Sinne seien, sondern die Natur von Normen hätten, die als Maßstab für die Beurteilung von Tatsachen dienten; daher könne auch auf Verletzung dieser Normen eine Revision gestützt werden.

c) Das Reichsgericht ist in verschiedenen Entscheidungen über die von Stein und Mannheim gezogenen Grenzen zuweilen recht erheblich hinausgegangen, indem es eine Revision nicht nur dann zuließ, wenn der Erfahrungssatz Mittelglied für die Subsumtion eines Tatbestandes unter das Gesetz ist, sondern auch, wenn der Erfahrungssatz Obersatz für die Beweiswürdigung ist.

In demselben Umfange hat das Reichsgericht auch die Beachtung von Denkgesetzen stets nachgeprüft; es geht davon aus, daß die gültigen Regeln des Denkens und der Sprache Mittel des menschlichen Geistes zur Würdigung eines erhobenen Beweises und zur Feststellung individueller Tatsachen eines Geschehniskomplexes seien. Wo daher die Urteilsbegründung des Vorderrichters eine unrichtige Anwendung dieses Mittels erkennen läßt, liege ein Rechtsirrtum im Sinne der §§ 549 ZPO und 337 StPO vor, den das Reichsgericht nachzuprüfen habe. So hat das Reichsgericht (Strafsachen) bereits in einer Entscheidung im 38. Band S. 308 sich dahin ausgesprochen, daß Feststellungen und Erwägungen allgemein sprach- und denkgesetzlicher Art grundsätzlich einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht zu-

[58]) S. 104 ff.; vgl. auch Stein-Jonas a.a.O. Nr. 32 ff. zu § 549 ZPO.
[59]) So Stein in JW 1922, 1489 ff. (1491).
[60]) a.a.O. Anm. 2 zu § 550 ff.

gänglich seien[61]). Das Reichsgericht geht aber im Einzelfalle noch weiter und prüft auf Grund eigener Erfahrung, um das Vorhandensein eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes festzustellen[62]).

Tatsächliche Feststellungen, die der Erfahrung des Lebens widersprechen, sind wiederholt als für das Revisionsgericht nicht bindend angesehen worden. (RGSt 64, 251; RG JW 1930, 3403.) In diesen Entscheidungen beanstandet das Revisionsgericht eine echte tatsächliche Feststellung wegen Nichtberücksichtigung der Erfahrungssätze, auf die das Reichsgericht wegen der Offenkundigkeit zurückgreifen kann. Eine solche Verwertung der Lebenserfahrung durch das Revisionsgericht zur Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen bedeutet der Sache nach aber nichts anderes als eine Nachprüfung der Beweisgrundlagen, also der Beweiswürdigung durch den Vorderrichter[63]).

Auch die Zivilsenate des Reichsgerichts haben zu dieser Frage Stellung zu nehmen oft Gelegenheit gehabt. So sind allgemeine Erfahrungssätze, insbesondere solche, die die Feststellung einer allgemeinen Verkehrsauffassung enthalten, vom Reichsgericht nicht als Tatsachen, sondern als Normen, die für die Beurteilung von Tatsachen dienen und in diesem Sinne als Rechtsnormen behandelt worden[64]). Ebenso hat das Reichsgericht in solchen Fällen, wo der Vorderrichter die Rechtsfolge eines besonderen Umstandes ausschließlich seiner eigenen Lebenserfahrung entnommen hat, eine Revisionsmöglichkeit anerkannt und die Ansicht des Vorderrichters nachgeprüft[65]).

Mit Hilfe des so allgemein ausgesprochenen Satzes, der der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts entspricht: „Erfahrungssätze etc. haben die Natur von Normen, die als Maßstab für die Beurteilung von Tatsachen dienen", nimmt das Reichsgericht m. E. in fast allen Fällen auch eine Nachprüfung der Beweiswürdigung vor. (Vgl. insbes. RG in JW 1932, 3618.) Das Reichsgericht hat zwar in Worten immer an dem Grundsatze der Unantastbarkeit echter Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung festgehalten, sich aber in besonderen Fällen damit zu helfen gesucht, daß es die Art und Weise der Begründung einer Tatsachenfeststellung auf ihre Rechtsirrigkeit hin prüft[66]). Es erklärt sich z. B. immer dann für berechtigt,

[61]) So auch RGSt 57, 363: Verkehrsauffassung ist nicht lediglich tatsächliche Feststellung, sondern ebenso wie der allgemeine Sprachgebrauch (RGZ 105, 417) der rechtlichen Nachprüfung zugänglich (RGZ 76, 174 und 95, 124 zu § 346 HGB); RG JW 1935, 1233 („Ausführungen des Berufungsurteils enthalten einen Verstoß gegen Denkgesetze").

[62]) So RG in JW 1922, 1680 bezüglich des positiven Ausspruchs, ob ein Kettenhandel vorliegt.

[63]) Siehe auch Alsberg: Gutachten zum 35. D. Juristentag 1928 S. 478 ff.; vgl. RG JW 1934, 2925: Aufhebung wegen (angeblicher) irriger Schlußfolgerungen aus einer Blutgruppenuntersuchung.

[64]) So RGZ 99, 70; RGZ 105, 419, auch PrOVG in OVG 91, 227 und in Reichsverw.Bl. 1935, 239.

[65]) Vgl. die in RGZ 128, 267 zit. Entscheidungen; auch RG JW 1932, 1883.

[66]) So insbes. RGSt 39, 242.

eine Tatsachenfeststellung als rechtsirrig aufzuheben, wenn sie einen Verstoß gegen die allgemeingültigen Regeln des Denkens, der Erfahrung und der Sprache darstellt.

Dieser sehr weitgehende Grundsatz, der im Einzelfalle auch zu einer Nachprüfung der Beweiswürdigung des Vorderrichters führen kann, ist bisher in allen Entscheidungen berücksichtigt worden. Dagegen hat das Kammergericht als Revisionsinstanz in jüngster Zeit eine Beweiswürdigung vorgenommen, die eine andere, im Hinblick auf das Grundsätzliche, etwas gefährliche Begründung gibt, indem es erstmalig einen Schritt weiter geht und den Ausnahmefall der Befugnis des Revisionsrichters zur Nachprüfung der Beweiswürdigung damit begründet, daß die Erkenntnisquelle des Tatrichters in gleicher Weise dem Revisionsrichter offenstehe, also der Revisionsrichter in das tatsächliche Gebiet übergreifen könne, wenn nicht Tatsachen des individuellen Einzelfalles, sondern solche allgemeiner Natur in Frage kämen[67]). Eine derartige Rechtsprechung macht aber nahezu sämtliche Urteile revisionsreif. Das Reichsgericht hat es bisher stets darauf abgestellt, daß die unrichtige Anwendung eines Erfahrungssatzes oder Denkgesetzes einen Rechtsirrtum darstelle und daher von ihm berichtigt werden müsse, es hat sein Eingreifen aber nicht damit begründet, daß ihm im Einzelfalle die gleichen Erkenntnisquellen zuständen wie dem Vorderrichter.

2. Der französischen Rechtswissenschaft war der Begriff Erfahrungssatz oder Denkgesetz bisher unbekannt; in neuester Zeit hat Marty[68]) als Erster hierzu Stellung genommen und die in Italien und Deutschland zu dieser Frage erschienenen Schriften der französischen Rechtswissenschaft näher gebracht. Er geht davon aus, daß bei der Urteilsfindung (raisonnement) der Richter nicht nur positive Gesetzesvorschriften benutzt, sondern sich auch auf allgemeine Gedanken beruft, die aus der Lebenserfahrung hergeleitet sind[69]). Diese allgemeinen Erfahrungs- und Verstandesregeln werden in Frankreich „zone grise" genannt, da sie zwischen den Rechtsregeln und den Tatsachen liegen. Allgemein sieht man sie nicht als Rechtsvorschriften an, sondern ist bestrebt, sie mit den notorischen Tatsachen in Verbindung zu bringen. Marty a.a.O. S. 160 sieht in der Verkennung eines Erfahrungssatzes oder einer Denkregel die Gefährdung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, lehnt es aber ab, den Erfahrungssätzen etc. eine gleiche Bedeutung wie den Rechtsnormen zuzubilligen. Erfahrungssätze seien nichts anderes als Mittel zum Zweck, nämlich in gewisser Hinsicht zur Ergänzung des Gesetzes zu dienen (pour interpréter les regles légales, les compléter et en préciser le sens)[70]). Und in dieser Hinsicht ist, so formuliert dies Marty, die

---

[67]) Vgl. KG in JW 1929, 885.

[68]) a.a.O. S. 158 ff.

[69]) . . . Il fait appel à des idées générales fondées sur l'expérience courante (règles générales de bon sens courant: maximes d'expérience.

[70]) Marty a.a.O. S. 161.

Verletzung eines Erfahrungssatzes auch in der französischen Rechtsprechung — wenn auch unbewußt — stets wie eine Verletzung der Gesetzesvorschrift selbst behandelt worden. So hat namentlich der Kassationshof bei der Frage der Bewertung der Tatsachen sich der gebräuchlichen Lebensregeln und Erfahrungssätze bedient, um das anzuwendende Gesetz auszulegen, und Entscheidungen kassiert, deren Feststellungen nicht den Erfordernissen des so ausgedehnten Gesetzes genügen[71]).

§ 14. Bedeutung sogen. „notorischer Tatsachen" im Revisions- bzw. Kassationsverfahren.

In diesem Zusammenhange muß ein Wort über die Behandlung der sog. notorischen Tatsachen gesagt werden.

Nach deutschem Recht bedürfen sog. offenkundige Tatsachen, wie z. B. weltgeschichtliche Vorgänge usw., keines Beweises (siehe § 291 ZPO). Stellt ein Tatrichter die Offenkundigkeit einer Tatsache fest und gründet er auf diese Feststellung seine Erkenntnis, so liegt es im Einzelfalle der Revisionsinstanz nur ob, nachzuprüfen, ob der Vorderrichter den Begriff der Offenkundigkeit richtig angenommen und richtig angewandt hat, m. a. W., ob in der Anwendung des Begriffes „Offenkundigkeit" auf diese konkrete Tatsache eine Verletzung des Gesetzes gesehen werden kann.

Die französischen Prozeßordnungen dagegen untersagen dem Richter, von einer ihm persönlich bekannten Tatsache, die sich auf den Prozeß bezieht, irgendwie Gebrauch zu machen; deshalb kann sich der Kassationshof nicht mit der Anrufung der Notorietät begenügen, um eine Entscheidung zu kassieren; nach anerkannter Rechtsprechung ist er lediglich zur Beseitigung eines „skandalösen" Irrtums berechtigt und kann sich dabei entweder

sur le défaut de réponse aux conclusions de la partie, qui a invoqué le fait notoire, oder
sur la contradiction des motifs oder
sur la dénaturation de quelque document produit[72]), stützen.

§ 15. Nachprüfbarkeit der Subsumtion.

Das Gesetz „im weitesten Sinne" ist verletzt, wenn es auf den vom Tatrichter festgestellten Sachverhalt nicht angewendet worden ist, obwohl seine Voraussetzungen gegeben sind, oder angewendet

[71]) Marty a.a.O. S. 161 unten: „La cour de cassation casse les décisions dont les constatations ne satisfont pas aux exigences de la loi interprétée. Dans cette mésure si l'on veut, elle utilise les maximes d'expérience et sanctionne leur violation. Mais cela ne vaut pas que l'on fasse une place à part à la cassation pour violation d'une maxime d'expérience qui se confond avec la violation de la loi." a. A. Glasson-Tissier a.a.O. III S. 476; Freitag a.a.O. S. 56, der m. E. die Unterschiede zwischen Gewohnheitsrechtssatz und Erfahrungssatz nicht klar voneinander hält und demzufolge auch die Kassation pour violation des regles d'expérience nicht zuläßt.

[72]) So Marty a.a.O. S. 362.

worden ist, obwohl die Voraussetzungen für seine Anwendbarkeit fehlen. Die Verletzung der Rechtsnormen kann daher ihren Grund haben — wie dies oben bereits aufgezeigt —, daß die abstrakten Tatbestandsmerkmale oder die zeitlichen bzw. örtlichen Grenzen der anzuwendenden Rechtsregeln nicht richtig erkannt sind, und dadurch der Tatbestand, der dem Prozesse zugrunde liegt, unter eine nicht passende Norm gebracht ist.

Die Rechtsnormverletzung kann schließlich auch darin bestehen, daß die an und für sich vom Richter richtig erkannten Tatbestandsmerkmale der Gesetzesvorschrift zu Unrecht als in dem zur Entscheidung vorliegenden Falle vorhanden oder nicht vorhanden angesehen werden, m. a. W., daß die Qualifikation des Streitstoffes (Subsumtion) fehlerhaft ist.

1. a) Die Subsumtion ist also jene Denkoperation[73]), die den konkreten Tatbestand unter die richtige abstrakte Rechtsnorm stellt und nachprüft, ob die Tatsachen der als Obersatz der Entscheidung aufgestellten Norm entsprechen. Die Subsumtion folgt also logisch der Auslegung[74]). Ob diese vom Vorderrichter vorgenommene Subsumtion auch von der Revisionsinstanz nachgeprüft werden kann, ist in der deutschen Rechtswissenschaft Gegenstand lebhaften Streites gewesen und auch bis heute noch nicht endgültig geklärt.

Wie bereits oben dargelegt, baut Mannheim seine Ausführungen über das Revisionsproblem nicht auf die vom Reichsgericht aufgestellte Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage auf, sondern er hält den für das Revisionsproblem entscheidenden Begriff, den der Gesetzesverletzung und der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm für maßgebend. (Entsprechend dem Wortlaut des § 337 StPO.)

Mannheim wie auch Drost und Mezger[75]) gehen davon aus, daß jede richterliche Tätigkeit, insbesondere aber die Subsumtion, ein Beurteilen darstelle. Sie trennen diese Beurteilungstätigkeit in Tatsachen feststellende und — bewertende Tätigkeit, wovon das Tatsachen feststellende Urteil irrevisibel, jedes in dem Erkenntnis enthaltene Tatsachen bewertende Urteil aber revisibel sei[76]).

---

[73]) So insbes. Walsmann-Seuffert a.a.O. V zu § 549 ZPO.

[74]) Dennoch soll aus systematischen Gründen in dieser Abhandlung die Frage der Auslegung erst nach der Subsumtion erörtert werden.

[75]) Mannheim a.a.O. S. 33; Drost a.a.O. S. 68; Mezger (v. Sinn.) S. 178; vgl. auch Pohle a.a.O. S. 27, 28, 38; a. A. Oertmann; Rechtsordnung u. Rechtsverkehrssitte S. 489 u. 505 f. u. a. m.

[76]) Mezger a.a.O. S. 84 ff.: „Tatsachenurteil ist ein Urteil, welches Erkenntnisse objektiv gegebener Tatsachen körperlicher oder psychischer Art bezweckt. Sein charakteristisches Merkmal empfängt das Tatsachenurteil aus dem den Urteilsdenkakt leitenden Zweck, dem Erkenntnisinteresse. Das Tatsachenurteil reicht soweit und nur soweit, wie dieser auf ihn objektiv gegebener gerichteter Erkenntniszweck. Dem gegenüber steht das Werturteil, das nicht Erkenntniswiedergabe einer rein objektiv gegebenen Wirklichkeit, sondern willensmäßig neue Schöpfung bezweckt."

Im Gegensatz hierzu haben Schön, Oertmann[77]) und andere auf die Unterscheidung zwischen einfachen und auflösungsbedürftigen Rechtsbegriffen, welche insbes. im französischen Recht Bedeutung haben, hingewiesen und die viel erörterte Kategorie von Begriffen, die man als unbestimmte, Würdigungsbegriffe usw. zu bezeichnen pflegt, in die deutsche Rechtswissenschaft übertragen. So hat man alle diejenigen Rechtsbegriffe zu den sog. unbestimmten Begriffen gerechnet, bei deren Anwendung dem Richter ein besonders weiter Spielraum gelassen ist.

Die Entscheidungen, welche zu dieser Frage vom Reichsgericht oder den Oberlandesgerichten vorliegen, gehen auch hier von dem Grundsatz der Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage aus. Gerade auf diesem Gebiete der Revisibilität der Subsumtion ist jedoch die Rechtsprechung der Revisionsgerichte völlig uneinheitlich[78]).

b) Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann nur auf die neuere Rechtsprechung eingegangen und in Einzelfällen auf ältere Entscheidungen des Reichsgerichts zurückgegangen werden[79]). Das vom Reichsgericht und auch der herrschenden Lehre verfolgte Prinzip, wonach die in der Berufungsinstanz festgestellten Tatsachen unanfechtbar sind und nur die Frage der Unterordnung der Sachfeststellungen unter den gesetzlichen Tatbestand einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, führt in der praktischen Anwendung zuweilen zu recht erheblichen Schwierigkeiten. Das hängt, wie Foerster-Kann a.a.O. zu § 550 2a und b m. E. mit Recht ausgeführt hat, einmal damit zusammen, daß das Revisionsgericht „die festgestellten Tatsachen nicht mit den Augen des Berufungsgerichts anschaut, sondern seine eigene Lebenserfahrung als kritischen Maßstab zur Geltung zu bringen hat[80]), und andererseits die Frage der Tatsachensubsumtion mit der der Tatsachenfeststellung so verästelt ist, daß sich im einzelnen Falle sehr schwer feststellen läßt, wo die reine Ermittelung und Würdigung der Tatsachen aufhört und die Einordnung der festgestellten Tatsachen in den gesetzlichen Tatbestand anfängt."

aa) So wird z. B. vom Reichsgericht geprüft, ob ein Merkmal des Verschuldens i. S. des § 254 BGB. vorliegt und gleichzeitig untersucht, ob das vom Vorderrichter festgestellte Maß des beiderseitigen Verschuldens dem Rechtsbegriff des Verschuldens entspricht. (RG in JW 1928, 101; RG JW 1935, 1083: „Die Frage des Mitverschuldens im Sinne des § 254 BGB unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Dieses kann, wenn der Sachverhalt feststeht, wenn insbesondere der Grad des Verschuldens beider Parteien feststeht, selbst

[77]) s. Schoen a.a.O. 112 f.; Oertmann a.a.O. 498.

[78]) Vgl. Manigk a.a.O. S. 123.

[79]) Siehe hierzu die fast lückenlose Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Foerster-Kann a.a.O. Anm. 1 zu § 549 ZPO.

[80]) Vgl. auch oben § 13 betr. die Revisibilität allgemeiner Erfahrungssätze.

die Abwägung des Verschuldens vornehmen und danach der einen Partei die Tragung des gesamten Schadens aufbürden oder die Teilung des Schadens aussprechen"; ebenso RGZ 112, 290; 131, 125)[81]).

Auch ob der Begriff der „Fahrlässigkeit" vom Tatrichter im Rahmen des festgestellten Sachverhalts richtig erkannt worden ist, wird vom Reichsgericht in den verschiedensten Fällen überprüft[82]).

Als eine Rechtsfrage und nicht eine Tatfrage wird vom Reichsgericht sehr oft die Entscheidung darüber angesehen, ob die vom Tatrichter festgestellten Tatsachen die Begriffsmerkmale eines Verstoßes wider die guten Sitten darstellen. Die Sachlage unterliegt daher nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts insoweit der freien Würdigung des Revisionsrichters[83]).

Das RG. prüft weiterhin nach, ob in dem zur Entscheidung stehenden Falle z. B. ein „wichtiger Grund" zur Kündigung eines Vertrages gegeben war[84]): „Zwar sei die Frage, ob für die Kündigung ein wichtiger Grund vorgelegen habe, im allgemeinen Tatfrage; aber soweit es sich darum handele, ob die für die Feststellung des wichtigen Grundes berücksichtigten Ereignisse an sich für die Beurteilung seines Vorliegens herangezogen werden durften, liegen die Erwägungen auf rechtlichem Boden und sind deshalb vom Revisionsgericht nachprüfbar."

In einem anderen Falle faßt das Reichsgericht dagegen seine Legitimation zur Nachprüfung wesentlich enger und erklärt, daß die Frage, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB. vorliege, im wesentlichen Tatfrage sei. „In der Revisionsinstanz ist nur nachzuprüfen, ob in abstracto ein bestimmtes Handeln, eine bestimmte Eigenschaft oder ein bestimmtes Ereignis einen wichtigen Grund zur Auflösung eines Dienstverhältnisses bilden kann." (RGZ 110, 300)[85]).

In diesem Zusammenhange ist die Gegenüberstellung zweier Reichsgerichtsentscheidungen interessant, aus denen die Gegensätzlichkeit der Rechtsprechung eindeutig hervorgeht. So hält das Reichsgericht die Frage, ob ein bestimmtes Glied des Körpers ein „wichtiges Glied" i. S. des § 224 StGB ist, (Goldfinger), einmal für eine Rechtsfrage[86]), indem es davon ausgeht, daß es sich hier deshalb um eine von etwaigen tatrichterlichen Feststellungen unabhängige Frage handele, weil der Richter hier lediglich eine Auslegung des § 224 StGB auf Grund gemeinkundiger Lebensverhältnisse vornehme. Im Widerspruch hierzu hält eine andere Entscheidung des III. Strafsenats

---

[81]) Das RG prüft in RGSt 65, 340 mit der Begründung, es liege ein Rechtsirrtum bei der Anwendung des Verschuldensbegriffes i. S. des § 227 StGB vor, nach, ob der Täter schuldhaft in den Raufhandel hineingezogen ist (Pflichtwidrigkeit).

[82]) So RG JW 1931, 2498; 1932, 2514; RGZ 125, 393.

[83]) RGZ 58, 220; 100, 135; 133, 234; 138, 89; RGSt 61, 274.

[84]) RG in LZ 1927, 1345.

[85]) Ebenso RGZ 78, 22; RG in JW 1928, 2908.

[86]) So II. Strafsenat in RGSt. 62, 161.

des Reichsgerichts (RGSt. 64, 201) diese Frage als nur der tatrichterlichen Beurteilung zugänglich: „Die Frage, ob ein Glied des Körpers wichtig ist, ist teils rechtlicher, teils tatsächlicher Natur. Rechtsfrage ist sie, soweit es sich darum handelt, was unter „wichtig" zu verstehen ist. Im Rahmen der zutreffenden Begriffsbestimmung ist die weitere Frage, ob ein bestimmtes einzelnes Glied des Körpers unter diesen Begriff fällt oder nicht, Sache tatrichterlicher Würdigung. Rechtsbegrifflich kommt es nach § 224 StGB nicht auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten, sondern darauf an, welche Wichtigkeit das verlorene Glied allgemein hat. Das Verhältnis des einzelnen Gliedes zum ganzen Körper zu bestimmen, fällt jedoch in das Gebiet tatrichterlicher Würdigung, enthält also keine der Revision zugängliche Rechtsfrage. Die Bedeutung eines Körperteils für den Gesamtorganismus zu ermessen, wird häufig nur auf Grund medizinischer, technischer oder sonstiger fachwissenschaftlicher Gutachten möglich sein, die allein dem Tatrichter herbeizuführen möglich sind."

Hingegen überläßt es das Reichsgericht allgemein der tatsächlichen Würdigung der Vorderrichters, ob eine „schwere Eheverfehlung" (RGZ 127, 102)[87]) oder eine „Ehezerrüttung" vorliegt (RGZ 126, 174).

Die Beurteilung des Wertes einer Sache oder einer Leistung ist ausschließlich Sache des Tatrichters und kann daher nicht vom Revisionsgericht nachgeprüft werden (so RGSt 52, 298, 55, 175[88]); RG JW 1921, 750[89]).

Im Gegensatz hierzu prüft das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung nach, ob eine Sache „Gegenstand des täglichen Bedarfs" ist. (So RGSt 58, 319.)

Als eine tatsächliche Feststellung und daher mit der Revision nicht angreifbar erachtet es das Reichsgericht, wenn der Tatrichter z. B. Stellung dazu nimmt, ob es sich im vorliegenden Falle um ein herrschaftliches Haus (RGZ 103, 143) handelt, oder wenn der Tatrichter darüber zu entscheiden hat, ob ein „Geheimhalten" (RGSt 61, 150) vorliegt oder der Tatbestand des „Entführens" (RGSt. 29, 408) erfüllt ist; im Gegensatz hierzu hält sich das Revisionsgericht für zuständig, selständig zu überprüfen, ob eine „Maschine" oder ein „Arbeitsgerät" (RGSt 28, 185) vorliegt, oder ob im Einzelfalle ein Raum ein „umschlossener Raum" im Sinne des § 243 Ziff. 2 ist (RGSt 56, 97). Das Reichsgericht prüft auch nach, ob der Rechtsbegriff „Lärm" vom

---

[87]) Auch wiederum RGZ 124, 58.

[88]) „Das RG ist nach der ihm vom Gesetz zugewiesenen Aufgabe nicht in der Lage, hinsichtlich des Wertes . . . Feststellungen zu treffen, sondern hat lediglich zu prüfen, ob bei der Beurteilung des festgestellten Sachverhalts das Gesetz richtig angewandt oder Rechtsbegriffe verkannt worden sind."

[89]) Vgl. die bei Mannheim a.a.O. S. 84 ff. erfolgte Zusammenstellung nach den einzelnen Strafsenaten, welche die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung widerspiegelt.

Vorderrichter erkannt ist (RGSt 37, 150) oder ob die zerstörte Anlage eine Brücke ist (RGSt 24, 27)[90].

Ebenso erklärt das Reichsgericht einmal die Abgrenzung des Versuchs von der Vollendung für eine Tatfrage (RGSt 47, 74), ein andermal prüft es unter dem Vorwande, der Rechtsbegriff des Versuchs sei vom Vorderrichter nicht richtig erkannt, die ganze Subsumtion nach. (Vgl. RGSt 52, 282; 53, 217 und 58, 359.)

Die Frage des Kausalzusammenhanges wird in neuester Zeit vom Reichsgericht durchweg mit der Begründung nachgeprüft, es handele sich nicht allein um eine Tatfrage (RGZ 119, 206; 120, 70; 125, 393; RG JW 1929, 2251 und JW 1934, 2683; RGSt 29, 309; 52, 136; 54, 179 u. a. m.)[91]

Bereits diese Beispiele, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben können, lassen zur Genüge erkennen, daß von einer einheitlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der Frage der Revisibilität der Subsumtion nicht die Rede sein kann. Daß unter dieser uneinheitlichen Rechtsprechung der Revisionsinstanzen eine die Allgemeinheit stark belastende Rechtsunsicherheit eintritt, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Diese Rechtsunsicherheit beunruhigt aber nicht nur den einzelnen an dem Ausgang des Prozesses beteiligten Staatsbürger, sondern führt m. E. in vielen Fällen sogar dazu, der privaten Wirtschaft zuweilen unzumutbare Opfer aufzubürden. So hat z. B. ein Teil der vorliegenden Entscheidungen einen Mißbrauch der einem Versorgungsunternehmen zukommenden Monopolstellung und damit eine Subsumtion unter den Begriff „Verstoß wider die guten Sitten" für den Fall angenommen, wenn ein Versorgungsunternehmen dem Konkursverwalter bzw. Treuhänder die Weiterlieferung ablehnt, der einerseits die Anerkennung der zu zahlenden Rückstände — für Lieferungen zur Zeit vor der Konkurseröffnung — als Masseschuld ablehnt, andererseits den Abschluß eines neuen Vertrages verlangt hat[92]. Die Entschei-

---

[90]) Vgl. in diesem Zusammenhang auch die divergierenden Entscheidungen darüber, ob Mauscheln ein Glücksspiel ist: RGSt 22, 85 und RG in Goltd. Arch. 37, 159.

[91]) A. A. Stein: Privates Wissen S. 111 ff., der das Kausalitätsproblem auf eine Stufe mit der Beweiswürdigung stellt und daher Irrevisibilität annimmt; siehe weiter die bei Mannheim zitierten divergierenden Entscheidungen der Strafsenate des RG. a.a.O. S. 99.

[92]) So OLG Jena vom 28. 11. 1929 (3 U 1064/29); RGZ 132, 273 vom 24. 3. 31; OLG Köln vom 30. 12. 1932 (6 W 518/32); RGZ 142, 85 vom 20. 10. 33; RG in JW 1934, 473 vom 15. 12. 33; OLG Jena vom 10. 7. 33 3 U 204/33; OLG Breslau vom 21. 12. 32 (6 U 1235/32), vom 10. 5. 32 (7 U 487/32), vom 19. 2. 31 (4 U 3096/31); OLG Düsseldorf vom 28. 10. 32 (7 U 55/32); OLG Frankfurt a. M. vom 23. 6. 32 (1 U 93/32); OLG Dresden vom 5. 11. 31 (14 O 233/31); Bayr. VGH vom 28. 12. 29 (Nr. 18/29) in JW 1930, 1450; Landger. Bautzen vom 15. 2. 32 (5 C Ar. 45/31); Landger. Köln vom 4. 2. 32 (11 S 685/31); LG Wuppertal vom 8. 12. 31 (7. a. S. 323/31); Landger. Magdeburg vom 26. 6. 31 (1 S 309/31) u. a. m.; die hier zitierten Entscheidungen sind nicht nur Revisionsgerichtsentscheidungen, sondern auch nicht mit der Revision mehr angreifbare, rechtskräftige Berufungs-

dungen setzen sich dabei über die Vorschrift des § 17 KO mit der Begründung hinweg, daß der Konkursverwalter in Wirklichkeit derartige Leistungen von keiner anderen Stelle beziehen könne und § 17 KO für derartige Fälle nicht passe. Ein Versorgungsunternehmen, das die Weiterbelieferung des Konkursverwalters von der Bezahlung der Rückstände abhängig mache, benutze eine Zwangslage des Konkursverwalters, um sich für die Rückstände ein Vorrecht zu verschaffen, das ihm nach der allgemeinen Regelung in der Konkursordnung nicht zustehe; ein solches Verlangen stelle daher den Mißbrauch einer Monopolstellung dar.

Dieser Rechtsprechung steht die Mehrzahl der zu dieser Frage bisher ergangenen Entscheidungen entgegen. So haben z. B. das OLG Braunschweig in OLG 27, 243; OLG Kiel in LZ 12, 286; OLG Hamburg in JW 1933, 929; OLG Frankfurt a. M. in JW 1931, 3146; OLG Düsseldorf in Konk.Tr.W. 1931, 136; KG in Konk.Tr.W. 1931, 138; OLG Hamm in JW 1933, 929; OLG Celle in JW 1933, 928 u. a. m.[93]) die Subsumtion eines solchen Verlangens unter den Begriff „Verstoß wider die guten Sitten" mit der Begründung abgelehnt, daß ein Versorgungsunternehmen, welches den Abschluß eines neuen Vertrages ablehne und die Fortsetzung des alten Vertrages verlange, nicht eine konkurswidrige, sondern eine konkursmäßige Vollzahlung der Rückstände verlange. § 17 KO gebe dem Konkursverwalter das Recht, bei von beiden Seiten noch nicht voll erfüllten Verträgen Erfüllung zu verlangen oder zu verweigeren[94]). Für den Fall, daß der Konkursverwalter die Erfüllung verweigere, folge für den Vertragspartner das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; daher müsse auch für den Vertragspartner das Recht vorhanden sein,

---

urteile. Der Nachteil der Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung des Reichsgerichts macht sich auch bei den Urteilen der Untergerichte bemerkbar.

[93]) Ebenso OLG Frankfurt a. M. v. 11. 12. 31 in El. Wirtsch. 1932, 170 = JW 1931, 3150; LG Breslau v. 30. 1. 32 in El. Wirtsch. R. Beil. 1933, 9; LG Potsdam v. 8. 1. 31 in El. Wirtsch. 1931, 320; Landger. Stettin v. 20. 10. 30 in El. Wirtsch. 1931, 180 ff.; Landgericht Chemnitz v. 6. 6. 30 in El. Wirtsch. 1931, 110 f.; Landger. Aachen v. 12. 6. 30 in El. Wirtsch. 1930, 399; OLG Celle v. 12. 12. 30 in El. Wirtsch. 1932, 141; OLG Hamm in JW 1930, 1426; OLG Braunschweig in JW 1933, 1135; OLG Hamm v. 12. 1. 30 in El. Wirtsch. 1930, 147; u. a. m.

[94]) Es kann m. E. als ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht angesehen werden, wenn ein Monopolinhaber von dem ihm nach § 17 KO eingeräumten Recht Gebrauch macht. Allerdings steht z. B. ein Wasser- oder Elektrizitätswerk in den meisten Fällen den Konkursgläubigern gegenüber insofern günstiger da, als es etwas liefert, das zur Fortsetzung des Gewerbes unentbehrlich und auf andere Weise im Augenblick nicht zu beschaffen ist. Dadurch entsteht für den KV allerdings eine gewisse Zwangslage, die dem Gesetzgeber nicht vorschwebte, als er den Tatbestand des § 17 KO schuf. Dies rechtfertigt aber noch nicht, es als einen Verstoß gegen die guten Sitten und Mißbrauch der Monopolstellung zu bezeichnen, wenn ein solches Unternehmen, von dem ihm nach § 17 eingeräumten Recht ausgehend, nur in Fortsetzung des alten Vertrages liefern will und es ablehnt, die Konkursmasse als einen neuen Bezieher seiner Leistung zu behandeln.

sich dann, wenn der Konkursverwalter denselben Vertrag nicht erfüllen will, darauf zu berufen, daß der Konkursverwalter ja die Erfüllung des bestehenden Vertrages hätte verlangen können; mache der Vertragspartner das geltend, so nehme er die rechtliche zulässige Wahl vor, die ihm ebenso wie anderen Gläubigern des Gemeinschuldners, die unerfüllte Verträge mit dem Gemeinschuldner zu laufen haben, durch den § 17 KO gegeben ist. Er verletze also nicht den Grundsatz der gleichen Befriedigung aller Gläubiger im Konkurse; man dürfe nicht so weit gehen, zu sagen, daß ein Monopolist sich deswegen, weil er Monopolist sei, Vermögensnachteile gefallen lassen müsse.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß diese uneinheitliche Rechtsprechung der verschiedensten mit dieser Frage befaßten Gerichte nicht nur für das Versorgungsunternehmen selbst auf die Dauer untragbar ist, sondern auch in die Abnehmerkreise allgemeine Beunruhigung hineinträgt.

bb) Die verschiedenen Senate des Reichsgerichts halten zum Teil eine Nachprüfung der Subsumtion nicht für zulässig, wenn „die Ausführungen des Tatrichters frei von Rechtsirrtum" sind (RG JW 1932, 2514; RGZ 103, 143 usw.) oder wenn es sich um eine dem „Tatrichter zustehende Ermessensfrage handelt" (RGSt 29, 408) oder „wenn die Entscheidung des Tatrichters eine Frage tatsächlicher Würdigung oder Beurteilung" ist. (So RG JW 1932, 2514; RGZ 127, 102 u. a. m.)

Daneben nimmt das Reichsgericht eine Prüfung der Subsumtion des Vorderrichters ohne jede Begründung selbständig vor. (So RG JW 1928, 101; RGZ 100, 135; RGZ 133, 234: „Das System der Kreditgewährung, so wie es in den Richtlinien zum Ausdruck kommt, verstößt nicht gegen die guten Sitten"; RGZ 138, 89: Eine bestimmte Abrede wird wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig erachtet.)

In anderen Fällen begründet das Reichsgericht sein Eingreifen damit, es läge im gegebenen Falle schlechthin ein Rechtsirrtum des Vorderrichters vor, m. a. W., der Richter habe die Bedeutung einer gesetzlichen Vorschrift überhaupt verkannt. (RGSt 65, 340: Die Ausführungen des Vorderrichters über die Erfordernisse des Verschuldens i. S. des § 227, I StGB "sind nicht frei von Rechtsirrtum". Ebenso RG in JW 1928, 2908; 1931, 2489: „Die Verurteilung ist rechtlich bedenkenfrei nicht begründet.")[95])

Hinzu kommt, daß das Reichsgericht zuweilen auch mit der Begründung, es liege eine Rechtsfrage vor, oder es sei ein bestimmter Rechtsbegriff vom Vorderrichter nicht richtig angewendet, ebenfalls in die Subsumtionstätigkeit eingreift. (RGSt 62, 62; RG JW 1921, 750; RGSt 58, 319 u. a. m.)

---

[95]) Das Reichsgericht stempelt in dieser Entscheidung die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit zu einer „nicht nur tatsächlichen Frage". Tatsächlich hebt es aber hier die Feststellung auf, die der Vorderrichter über die Pflichten eines bestimmten Beamten getroffen hat.

Verschiedene Entscheidungen haben auch unter Berücksichtigung der von Mannheim a.a.O. S. 101 herausgearbeiteten Grundsätze stets dann eingegriffen, wenn der vom Tatrichter angelegte Maßstab den Erfahrungen des Lebens nicht gerecht wird (so KG in Goltd. Arch. 69, 296; RGZ 99, 71) und in solchen Fällen die Verkennung eines bestimmten Rechtsbegriffes angenommen. In allen diesen Fällen ist das Reichsgericht vermöge dieses „Sicherheitsventils" nicht nur in die Subsumtionstätigkeit, sondern auch in die tatsächlichen Feststellungen eingetreten, um eine nach seiner Ansicht gerechtere Entscheidung im Einzelfalle zu erzielen.

Zusammenfassend kann man also feststellen, daß im Zivilrecht nahezu jede Subsumtion ohne Unterschied vom Revisionsgericht nachgeprüft und im Strafrecht die oben wiedergegebene Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen allgemein durchgeführt wird.

2. Die Frage der Nachprüfung der Qualifikation (qualifier les faits, leur attribuer un certain charactère légal) hat die französische Rechtswissenschaft bisher nur in geringem Maße beschäftigt[96]). Erst in neuerer Zeit haben sich die französischen Kriminalisten hiermit beschäftigt, und zwar deswegen, weil es von ihrer den französischen Anschauungen entsprechenden individualistischen Einstellung wichtig erschien, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Anklage und Bestrafung in allen Punkten auch vom Kassationshof nachgeprüft würde.

a) aa) Wie im deutschen Prozeßrecht hat auch die französische Rechtswissenschaft zwei Stadien durchgemacht. Die eine Lehre macht einen Unterschied zwischen den gesetzlichen Begriffen, welche nur eine reine Tatsachenbewertung erfordern und bei deren Anwendung der Tatrichter unanfechtbar entscheidet, und andererseits den Begriffen, deren Anwendung eine Rechtsfrage ist und daher durch den Kassationshof nachgeprüft werden kann.

Die andere Ansicht, welche die neuere ist, meint weitgehend, daß jede Qualifikation eine Rechtsfrage und daher der Kontrolle der Kassationshofes unterworfen ist.

bb) la distinction entre les notions définies et les notions non définies par la loi.

Es ist interessant, festzustellen, daß die im 19. Jahrhundert in Frankreich entstandene Unterscheidung zwischen notions définies und notions non définies, die auch das deutsche Prozeßrecht befruchtet hat, auf eine von dem Präsidenten Barris herausgegebene Note aus dem Jahre 1822 zurückgeht[97]). Dieser Note sind ungefähr folgende Gedanken zugrunde gelegt: „in den Fällen, wo sich der Gesetzgeber damit begnügt, durch eine Bezeichnung oder einen Ausdruck einen

[96]) Vgl. Garcon: Code pénale annoté unter Artikel 333, 334 u. 405. Perreau a.a.O. Nr. 33 u. 44; vgl. auch de Chauvéron: Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle. S. 13 ff.; 367.

[97]) Genauer Wortlaut dieser Note in dem Repertoire Dalloz Nr. 1224 unter „Cassation" wie Barris auch Merlin a.a.O. Société § 2.

bestimmten Kategoriebegriff zu kennzeichnen (so z. B. im Art. 332 (Betrug), 471 Ziff. 11 (Beleidigung) du code pénale; Art. 231 (injure grave im Ehescheidungsrecht), Art. 1382 code civile (faute — Verschulden —), sei dem Tatrichter eine unbeschränkte Macht zugebilligt, da das Gesetz nicht genau bestimme, was unter Beleidigung oder schwerer Eheverfehlung oder Verschulden zu verstehen sei. Mangels einer gesetzlichen Definition bestehe daher auch nicht die Möglichkeit, daß der Tatrichter bei der Qualifikation gegen irgend ein Gesetz verstoßen könne.

Neben diesen oben skizzierten gesetzlichen Bestimmungen bestehen jedoch auch solche Vorschriften, in denen der Gesetzgeber sich nicht mit irgend einer Begriffsnennung zufrieden gegeben hat, sondern wo er die Tragweite der gesetzlichen Bestimmung genau präzisiert, indem er den Begriff durch bestimmte charakteristische Merkmale oder Bedingungen definiert. (So z. B. Art. 379 code pénale — vol. Diebstahl —; Art. 1582 und 83 code civile — Kauf und Verkauf; Art. 17 code civile — Tausch — u. a. m.). In diesen Fällen ist der Richter verpflichtet, der vom Gesetzgeber gegebenen Definition auch bei seiner Qualifikationstätigkeit zu folgen, und in solchen Fällen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Bestimmungen ist das Eingreifen des Kassationshofes allgemein zulässig."

cc) Die neuere Rechtslehre hält jede Qualifikationstätigkeit für eine Rechtsfrage und überläßt demnach die Qualifikation des Vorderrichters einer Nachprüfung durch den Kassationshof[98]).

b) Dieselbe — für die Rechtslehre aufgezeigte — Entwicklung hat auch die französische Rechtsprechung durchgemacht; so findet man die ersten Entscheidungen, welche sich die von Barris vertretene Lehre zu eigen gemacht haben, bereits um das Jahr 1820. (Z. B. „Attendu que toutes les fois que la loi détermine les caractères distinctifs de l'acte, les arrets qui, tout en constatant en fait les mêmes caractères, néanmoins, les méconnaissant en faisant résulter un act différent de celui caractérisé par la loi et consenti par les parties, violent non seulement les dispositions du contrat, mais celles encore de la loi et ils sont par conséquent soumis à la censure de la Cour de cassation."[99])

So ist weiterhin der Tatrichter mangels einer bestimmten gesetzlichen Definition unabhängig bei der Subsumtion, ob eine Provocation i. S. des Art. 471 c. pén. vorliegt[100]), ob eine Mißhandlung, ein

[98]) Vgl. insbes. de Chauvéron a.a.O. S. 13 ff.; 367; Rénard a.a.O. S. 353; Marty a.a.O. S. 204 ff. u. a. m.

[99]) Requ. 15 juillet 1835 (J. G. Disp. entre vifs. 1983); Requ. 18 dec. 1837 (wie oben J. G. Disp. entre 1988) u. a. m.; civ. 24 avril 1844 (J. G. Cassation 1581).

[100]) crim. 26 mai 1853 — D. 1853 I 317: „Attendu que l'article 471 C. pén. n'a point défini le caractère que doit revêtir cette provocation pour excuser les injures et que, dès lors, l'appréciation qu'en a fait le juge de police échappe à la censure de la Cour." Ebenso Cass. 25 mai 1898 — D. 1898 I 379 —. Abw. Crim. 25 mai 1894 — (D 1895 I. 78).

schwerer Angriff oder eine Beleidigung im Sinne des Art. 231 c. civ. gegeben ist[101]), ob eine Einsetzung in den Besitz stattgefunden hat (Art. 2076 c. civ. und 92 c. comm.[102]), oder ob eine Person schwachsinnig, wahnsinnig oder rasend ist (Art. 489 c. civ.)[103]) usw.

Erst allmählich hat sich der Kassationhof von dieser Trennung zwischen notions définies und notions non définies, die auch heute noch in verschiedenen Urteilen wiederkehrt, freigemacht. Die jetzt allgemein vertretene Auffassung hinsichtlich der Kassationsfähigkeit der Subsumtion ist in dem Urteil des Kassationshofes vom 4. 11. 1913 wie folgt zusammengefaßt: „si les juges du fond sont souverains pour apprécier la pertinence et la gravité des faits allégués, . . . il appartient à la Cour de cassation d'excercer son contrôle sur le caractère légal de ces faits."[104])

Ebenso hat in neuester Zeit die chambre criminelle selbständig geprüft, ob ein Fall höherer Gewalt[105]), wie dies der Vorderrichter angenommen hatte, tatsächlich vorliegt[106]).

Überhaupt war die Rechtsprechung der chambre criminelle in der Frage der Subsumtion für die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des gesamten Kassationshofes richtunggebend. Nunmehr prüft der Kassationshof fast in jedem Falle, ob die Subsumtion des Vorderrichters rechtlich einwandfrei ist[107]).

---

[101]) Requ. 6 février 1860 — D 1860 I 122 —; Requ. 27 octobre 1914 — D 1916 I 168 —; Requ. 19 janvier 1916 — D 1916 I 249 —: attendu que l'article 231 c. civ. n'a pas défini l'injure grave et s'en est remis à cet égard à l'appréciation des juges du fond qui échappe au contrôle de la Cour de cassation.

[102]) Requ. 29 décembre 1875 — D. 1876 I 220 —; Requ. 28 mai 1910 — S 1910 I 488: „attendu que la loi n'a pas défini les éléments de cette notoriété de la mise en possession qui par la nature des choses dépend de circonstances variables et complexes et dont par suite l'appréciation appartient souverainement au juge du fond." —

[103]) So civ. 17 janvier 1876 — D 1876 I 151: attendu que la loi n'a pas défini . . . que dès lors la plus grande latitude est laissée aux tribunaux en paraille matiere . . .; — ebenso Requ. 23 fevrier 1898 — S. 1901 I 123 —; Civ. 22 mars 1927 — S. 1927 I 340 —.

[104]) Zit. bei S. 1914 I 259.

[105]) Auch diese Frage war in früheren Entscheidungen als Tatfrage und daher als unanfechtbar angesehen worden.

[106]) — „il est réservé à la Cour de cassation de reconnaître si les circonstances présentents tous les caractères du moyen peremptoire de défense résultant de la force majeure."

[107]) s. insbes. die Rechtsprechung zur Frage des Verschuldens i. S. des Art. 1382 c. civ. In allen diesen Fällen stellt der Vorderrichter die Tatsachen und die Willensrichtungen fest, die Cour de cassation aber „exerce son contrôle sur le caractère légal de ces faits et intention et sur la qualification qui leur a été donnée par les juges du fond." (Vgl. Glasson-Tissier a.a.O. III S. 495); ebenso Freitag a.a.O. S. 55. Darüber hinaus begnügt sich der CH in neuerer Zeit nicht mehr damit, die Qualifikation des Verschuldens zu überprüfen, sondern er prüft in den ihm vorliegenden Fällen selbständig, ob dieses Verschulden als schweres zu werten ist: So Civ. 15 decembre 1912 — D 1915. I. 32; Requ. 21 mars 1916 — S 1916 I 128; Civ. 13 janvier 1892 — D I 157 u. a. m. Vgl. auch Marty a.a.O. S. 257: „si la constatation des faits particuliers de chaque espèce par l'appréciation

An dieser Stelle mag erneut darauf hingewiesen werden, daß die französische Rechtslehre auch dieses Problem aus der Natur der Kassation und der ursprünglichen Sonderstellung des Kassationshofes zu lösen versucht. Allein unter dieser Problemstellung sieht man in Frankreich die Frage der Subsumtion und deren Nachprüfung durch den Kassationshof an; deshalb ist es erklärlich, wenn Marty a.a.O. S. 258 seine Ansicht am durchschlagendsten mit folgenden Worten begründet: „nous demandons seulement que cette tendançe se généralise et que la Cour en arrive a reconnaître sa compétence dans toutes les hypothèses où il s'agit de vérifier la conformité de la qualification ou du caractère légal attribue par les juges avec la situation de fait décrite par eux."

3. Wie aus dieser Gegenüberstellung hervorgeht, nähert sich die Kassation gerade bei der Frage der Nachprüfbarkeit der Subsumtion der deutschen Revision sehr erheblich. Die von Marty a.a.O. S. 204 ff. und Chénon a.a.O. S. 169 erstrebte Erweiterung der Rechte des Kassationshofes entfernt sich aber immer mehr von der einem Revisionsgericht zustehenden Aufgabe und hat m. E. mit der dem Kassationshof ursprünglich zugedachten Funktion keinen unmittelbaren Zusammenhang mehr. Auch scheint mir die von Marty vertretene Lehre, der Kassationshof müsse jede Qualifikation des Vorderrichters nachprüfen, weder den Belangen des französischen noch denen des deutschen Rechts zu entsprechen, weil die Durchführung dieses Prinzips einen Strom von Revisionen und Kassationen zur Folge hätte, die von den zur Zeit vorhandenen Senaten nicht bewältigt werden könnten. Eine Vermehrung der Kammern und Senate wiederum würde, wie dies die Entwicklung in Deutschland gezeigt hat, das Streben nach Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu einem nie zu verwirklichenden Ideal gestalten.

Die von Mannheim, Mezger und Pohle vertretene Trennung zwischen Tatsachen feststellenden und bewertenden Urteilen läßt sich auch in der Praxis deshalb nicht durchführen, weil eben jedes Urteil eine Beurteilung (Wertung) des festgestellten Sachverhalts darstellt. Eine Trennung nach diesen Gesichtspunkten würde die oben bereits aufgezeigte Gefahr der einander widersprechenden Revisionsurteile vermehren und demzufolge eine Rechtsunsicherheit herbeiführen, die dem Staate selbst wie auch seinen Rechtsunterworfenen eher schaden als nützen würde. Hinzu kommt, worauf Zemlin a.a.O.[108]) hingewiesen hat, daß bei folgerechter Durchführung dieser Trennung nicht nur die Beweiswürdigung und Feststellungen des Richters bei der Subsumtion, sondern auch bei der Auslegung von Willenserklärungen, bei der Frage der Revisibilität des Rechtsfolgeermessens

---

des preuves produites est question de fait souverainement resolue par les juges du fond, la qualification légale de ces faits est question de droit soumise au contrôle."

[108]) Insbes. S. 36 ff.; vgl. auch die eingehende Auseinandesetzung mit der Mannnheim'schen Lehre bei Schuppenies a.a.O. S. 23 ff.

nachgeprüft werden müßten, da auch diese Richterhandlungen Wertungen darstellen. Bei Durchführung der Erweiterung der Revisibilität nach diesen Gesichtspunkten wird aber der von der dritten Instanz erwartete Erfolg, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren, nicht mehr erwartet werden können.

Nach wie vor muß daher auch die Subsumtion grundsätzlich dem Ermessen des Tatrichters überlassen werden; das Revisionsgericht hat nur dann das Recht, eine Entscheidung des Vorderrichters aufzuheben oder zu ändern, wenn es bei der Nachprüfung feststellt, daß der Sachrichter das ihm durch das Gesetz zugewiesene Ermessen mißbraucht und seine Schranken überschritten hat[109]).

§ 16. Nachprüfbarkeit der Auslegung.

1. a) Es ist Aufgabe der — durch den Richter erfolgenden — Auslegung einer Willenserklärung, deren Inhalt und Tragweite so festzulegen, daß kein Zweifel mehr über ihre Bedeutung besteht. Die Auslegung kommt im allgemeinen auf jedem Rechtsgebiet zum Zuge und hat nicht nur bei eigentlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, sondern auch bei sonstigen Rechtshandlungen — zum Beispiel Prozeßhandlungen — Bedeutung.

Inwieweit die unrichtige Auslegung einen selbständigen Revisionsgrund abgeben kann, ist in der Rechtslehre wie auch in der Rechtsprechung durchaus bestritten; die einzelnen Senate des Reichsgerichts haben zu diesem Problem verschieden Stellung genommen.

b) Wer, wie namentlich Danz und Stein[110]), eine Unterscheidung zwischen Auslegung und Subsumtion nicht anerkennt, für den erübrigt es sich, diese Frage im Hinblick auf die Revisibilität der Auslegung nochmals aufzurollen.

Die Identifizierung der Subsumtion und der Auslegung läßt sich aber m. E. nicht aufrecht erhalten, wenn man, den Ablauf der richterlichen Tätigkeit im Auge behaltend, bedenkt, daß die Auslegung sich nur mit der Sinndeutung einer Erklärung beschäftigt, also zeitlich der Subsumtion vorangeht und als solche der Beweiswürdigung näher steht als der Subsumtion, während die Subsumtion sich mit der Frage befaßt, ob ein Rechtsgeschäft den Tatbestand einer bestimmten Norm erfüllt[111]).

Daß auf der anderen Seite die Auslegung von der Beweiswürdigung zu trennen ist, hebt Oertmann a.a.O. S. 501 mit Recht hervor, indem er der Beweisaufnahme und der Beweiswürdigung nur das

[109]) Ebenso Drost a.a.O. S. 55, 67; Zemlin a.a.O. S. 36 ff

[110]) Stein a.a.O. S. 44 ff.; Danz a.a.O. 2. Aufl. S. 2 ff.; Stein-Jonas a.a.O. Anm. III B 4 zu § 549 ZPO: „Auslegung von Rechtsgeschäften ist eine der Subsumtion angehörige Denkoperation."

[111]) Ebenso Oertmann a.a.O. S. 234 ff.; Mannheim a.a.O. S. 77, der auch hier eine Trennung danach durchgeführt wissen will, ob die Auslegung eine Feststellung oder Bewertung darstellt, diese Frage aber andererseits nur unter Berücksichtigung des Zweckes, dem die Auslegung im Einzelfalle dient, beantworten will.

Recht zubilligt, den betr. Willen zu ermitteln, eine Richtertätigkeit, die mit der Auslegung jedoch nichts zu tun hat[112]).

2. Die Rechtsprechung der Revisionsgerichte zu der Frage, ob und inwieweit die Auslegung von Gedankenäußerungen der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, ist, wie schon betont, nicht einheitlich. Vielfach finden wir Wendungen, die erkennen lassen oder wenigstens den Anschein erwecken, daß eine Nachprüfung der Auslegung schlechthin für unzulässig erachtet werde. (So RG JW 1926, 1173 mit den Worten: „Es handele sich bei der Auslegung um etwas Tatsächliches"; ebenso RGSt 23, 68; 39, 169; 33, 305 und in Zivilsachen insbes. RGZ 136, 129; die vom Vorderrichter angenommene Auslegung sei möglich und daher bindend[113]).

Die häufig wiederkehrende Wendung, die Auslegung liege auf tatsächlichem Gebiet, kann m. E. nur dahin verstanden werden, daß die Auslegung in bedenkenfreier Weise auf unanfechtbar festgestellte Tatsachen gegründet und wegen seiner Unbedenklichkeit mit Erfolg nicht angefochten werden könne.

In anderen Entscheidungen ist dagegen klar zum Ausdruck gebracht, daß der Auslegungsvorgang dann als nicht bedenkenfrei erachtet werde, wenn die Schlußfolgerung, auf der die Auslegung beruht, einen Rechtsirrtum enthält[114]) oder einen Verstoß gegen die allgemeinen Erfahrungssätze, Denkgesetze[115]) oder Auslegungsregeln[116]) erkennen läßt.

Nach vereinzelten Andeutungen in älteren Entscheidungen (vgl. RGSt 41, 78 f. und 205 ff.; 45, 138) hat sich das Reichsgericht nun-

---

[112]) Hier m. E. nicht streng trennend Mannheim a.a.O. S. 77 bzw. 117; vgl. auch Pohle a.a.O. S. 8: „Die Auslegung kann dazu dienen, die Willensrichtung des Äußernden zu ermitteln oder den objektiven Sinn einer Äußerung zum Zwecke der Subsumtion zu erforschen." Im übrigen siehe Hellwig: System a.a.O. § 239, III; Manigk a.a.O. S. 124 ff. (für die Revisibilität der Auslegung); Sydow-Busch a.a.O. Anm. 2 zu § 550; Walsmann-Seuff. a.a.O. V zu § 549 ZPO.

[113]) Ebenso, aber mit gewissen Einschränkungen RGZ. 105, 419; 132, 229.

[114]) So RGSt 61, 153 zu § 166 StGB; 62, 146; OLG Dresden in JW 1932, 3653: „Im vorliegenden Falle ist aber nach Ansicht des Senates der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, daß der Tatrichter bei seiner Auslegung des objektiven Sinnes . . . auf Grund denkgesetzlichen Verstoßes geirrt hat;" RG in JW 1930, 2546.

[115]) Vgl. RGSt 61, 154; RG (St) JW 1930, 1212; OLG Dresden in JW 1932, 2164 und 3653; RG (St) JW 1930, 2546; RGZ 131, 350; auch RG in JW 1922, 1017; OLG Dresden in JW 1922, 1053; RG in JW 1932, 3114 (zu § 185 StGB): „Auslegung der beanstandeten Äußerung ist Tatfrage und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin geprüft werden, ob die Schlußfolgerungen, auf denen sie beruht, den Denkgesetzen, allg. Erfahrungssätzen und Auslegungsregeln zuwiderlaufen. Erweist sich bei solcher Prüfung unter mehreren Auslegungen auch die, welche gerade der Tatrichter der Äußerung gegeben hat, als denkbar und möglich, dann fehlt es an einer die Revision begründenden Rechtsverletzung;" ebenso RG in JW 1931, 3261: Mißbilligung einer Vertragsauslegung wegen Nichtberücksichtigung der Lebenserfahrung.

[116]) Vgl. RGSt 61, 153; RG (St) JW 1930, 1212; RG (St) JW 1930, 2546; RGSt 41, 79; 45, 139; RGZ 131, 350; 114, 196.

mehr auch für die Frage der Revisibilität der Auslegung dazu bekannt, daß eine Revision stets auf die Verletzung von Erfahrungssätzen, Denkgesetzen usw. gestützt werden könne.

In manchen Fällen hat das Reichsgericht die ihm vorgelegte Entscheidung des Tatrichters daraufhin geprüft, ob die Auslegung des Sachrichters dem klaren Sinn und Wortlaut des Vertrages oder der einzelnen Willenserklärung entspricht[117]).

Es läßt sich also zusammenfassend feststellen, daß das Reichsgericht bei der Frage der Auslegung von Rechtsgeschäften insbesondere auch von Verträgen, wie die oben Anm. 113—116 angeführten Entcheidungen beweisen, zu einer methodisch durchgeführten Lösung nicht gekommen ist. Im allgemeinen steht das Reichsgericht auf dem Standpunkt, daß, soweit nur eine tatsächliche Feststellung erfolgt ist, eine Nachprüfung im Wege der Revision nicht erfolgen könne.

a) Dagegen nimmt das Reichsgericht eine solche Nachprüfung vor, wenn für gleichartige Rechtsverhältnisse allgemein geltende Grundsätze aufgestellt worden sind, wonach also alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art übereinstimmend zu regeln sind und daher für die Berücksichtigung von Einzelinteressen kein Raum ist. Das Reichsgericht leitet seine Berechtigung zur Nachprüfung derartiger Bestimmungen aus ihrer Allgemeingültigkeit ab und steht in den meisten Fällen auf dem Standpunkt, daß sich die Beteiligten auf eine einheitliche Auslegung derartiger Rechtsgeschäfte (Urkunden, allgemeine Bedingungen usw.) typischen Inhalts verlassen können müssen. Diesem Grundsatz ist das Reichsgericht in vielen Entscheidungen über die Auslegung von Vertragsbedingungen bei Versicherungsgesellschaften, Auskunfteien, Lieferungsbedingungen der Versorgungsunternehmen, Satzungen von Aktiengesellschaften usw. gefolgt und hat in den einzelnen zur Entscheidung stehenden Fällen selbst den Sinn dieser allgemeinen Bestimmungen festgestellt[118]).

Diese jetzt allgemein anerkannte Rechtsprechung geht zurück auf eine grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. Dezember 1912 (RGZ 81, 117); es bildet diesen Grundsatz heraus aus dem schon stets vertretenen Standpunkt, daß eine Revision auf Verletzung von Auslegungsregeln (§§ 133, 157, 242 BGB) gegründet werden kann. Das Reichsgericht geht in den ersten zu dieser Frage ergangenen Entscheidungen davon aus, daß in den Fällen, in denen sich „die Vertragsauslegung in der tatsächlichen Feststellung des in der Richtung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis von den Beteiligten gefaßten und

---

[117]) RGZ 100, 136; die Auslegung widerspricht dem klaren Wortlaut der Vertragsbestimmung. S. auch RGZ 103, 415; 111, 279; 131, 350; 136, 129; RG (St) JW 1930, 1212.

[118]) Voraussetzung ist, daß der Vertragsgegner wirklich davon Kenntnis gehabt hat, daß die von ihm unterschriebene oder gebilligte Urkunde für Rechtsverhältnisse dieser oder ähnlicher Art typischen Inhaltes ist. (So RGZ 81, 119; 83, 322; 106, 122; 115, 126; 134, 83 und RG in JW 1934, 2761 u. a. m.)

mittels der Vertragserklärung kundgegebenen Willens erschöpft", eine Nachprüfung durch das Revisionsgericht grundsätzlich nicht statthaft ist. Lediglich bei den Lieferungs- und Versicherungsbedingungen großer Gesellschaften oder ganzer Verbände, die für „gleichartige Rechtsverhältnisse ein für allemal maßgebende Grundsätze aufstellen, die dazu bestimmt sind, jedem einzelnen Kontrahenten gegenüber Vertragsinhalt zu werden und also alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art in dem in Betracht kommenden Punkt übereinstimmend zu regeln, muß das Revisionsgericht bei der Bedeutung dieser Bedingungen in der Lage sein, selbständig den Sinn dieser Vertragsbedingungen festzustellen." Das Reichsgericht läßt sich dabei von dem Gesichtspunkt leiten, daß „nur auf diesem Wege die übereinstimmende Auslegung und Anwendung der allgemeinen Bedingungen für alle ihnen unterliegenden Vertragsverhältnisse sichergestellt werden" könne. (So RGZ 83, 322: bezüglich der Satzungen einer Aktiengesellschaft; RGZ 83, 296: Auslegung von Genußscheinen; RGZ 86, 284: Gewerkschaftsstatut; RG JW 1914, 527: Versicherungsbedingungen; RG JW 1919, 189/90: Typische Vertragsbedingungen; RG JW 1916, 134: formularmäßige Geschäftsbedingungen; ebenso RGZ 96, 209; 98, 122 ff.; RGZ 103, 414: Preise freibleibend.)

Die Entscheidungsgründe hat das Reichsgericht ausführlich in seinem Urteil vom 30. VI. 1925 (RGZ 111, 278) unter besonderer Betonung des Gedankens der Rechtseinheit zusammengefaßt[119]). Im Anschluß an diese Entscheidung wird in letzter Zeit die Auslegung solcher allgemeinen, typischen Willenserklärungen vorgenommen, ohne daß vom Reichsgericht hierfür eine besondere Erklärung gegeben wird[120]). (RGZ 112, 372; 115, 126 — Vertragsbedingungen über den Haftungsausschluß bei Auskunfteien —; RGZ 124, 330 ff. — allgemeine Versicherungsbedingungen; RGZ 126, 327 — betr. Schleppbedingungen; RGZ 130, 56 und RGZ 134, 151: — Lebensversicherungsbedingungen; — 134, 83 und RG in JW 1934, 2761: sprechen allgemein von „revisibler Norm", — RAG JW 1932, 434: nimmt Auslegung einer Ausgleichquittung als Urkunde typischen Inhalts vor.)

b) Während also die oben zitierten Entscheidungen die selbständige Auslegungsbefugnis aus dem Prinzip der durch das Revisions-

---

[119]) RGZ 111, 278: „Hier erfordert es der Gedanke der Rechtseinheit, daß die Bedingungen nicht von einem OLG anders ausgelegt werden als von einem zweiten oder dritten. Hier ist das RG als oberste Instanz zu maßgebender Auslegung berufen."

[120]) RGZ 130, 56: (Lebensversicherungsbedingungen) „Die Auslegung dieser Bestimmungen durch das Berufungsgericht ist entsprechend der ständigen Rechtsprechung des RG vom Rev.Ger. frei nachzuprüfen . . ."; RG vom 18. XII. 1934 in Praxis des Versicherungsrechts — Beilage zur „Deutschen öffentlich-rechtlichen Versicherung" vom 15. 3. 35 S. 24 prüft Auslegung ohne jede Begründung nach; RGZ 144, 304 und RGZ 146, 1 ff.: „Das RG ist an sich in der Auslegung im vorliegenden Falle an keine Erwägungen des Berufungsgerichts gebunden, da es sich um eine Verpflichtung typischen Inhalts handelt und die Leistungsorte, abgesehen von denen in Holland und Schweden, sich über sieben deutsche Orte verteilen."

gericht zu wahrenden Rechtseinheit hergeleitet haben, sind in neuester Zeit einige Entscheidungen dazu übergegangen, solche typischen Willenserklärungen als Rechtsnormen im Sinne des § 549 ZPO. anzusehen; so hat das Reichsarbeitsgericht (in JW 1930, 831) die Satzung einer landwirtschaftlichen Kreditanstalt als eine objektive Rechtsnorm angesehen und daher die Auslegung einer solchen Satzung für nachprüfbar erklärt, falls der Wirkungskreis der Anstalt sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt[121]).

Im Gegensatz hierzu haben die Strafsenate, denen sich entsprechend der ihnen zugewiesenen Aufgaben weniger Gelegenheit bietet, hierzu Stellung zu nehmen, es bisher stets abgelehnt, solche allgemeinen Willenserklärungen als Rechtsnormen i. S. des § 337 StPO. anzusehen und die Nachprüfung auf die diesen durch das Berufungsgericht zuteil gewordene Auslegung zu erstrecken[122]).

3. Auch das Schrifttum hat zu der Frage der Revisibilität der Auslegung eine einheitliche Linie nicht aufzuweisen. Während Mannheim[123]) auf Grund seiner Unterscheidung zwischen Tatsachenbewertung und Feststellung die Auslegung schlechthin für nachprüfbar hält, stellt Manigk[124]) die These auf, daß jede Auslegung dann revisibel sei, wenn bei der durch den Vorderrichter erfolgten Auslegung die die Auslegung aller Rechtsgeschäfte normierende Grundnorm verletzt ist, von der die §§ 133, 157 BGB nur Ausführungsbestimmungen seien. Der Revision sei lediglich eine die Auslegung vorbereitende tatsächliche Feststellung, insbesondere die Feststellung der Erklärung, d. h. des äußeren Verhaltens entzogen.

Wie bereits oben § 15 d. A. ausgeführt, ist eine Ausdehnung der Nachprüfungsbefugnis in diesem Umfange mit dem Zwecke der Revision nicht in Einklang zu bringen; grundsätzlich ist eine Auslegung nicht durch das Revisionsgericht nachprüfbar. Vielmehr ist nur die Beachtung der jedem Richter auferlegten Auslegungsschranken von der Revisionsinstanz zu überwachen. Solche Schranken enthalten das materielle Recht in allen gesetzlichen Auslegungsvorschriften, insbesondere den §§ 133, 157, 242 BGB und § 346 HGB, und auf deren Verletzung kann die Revision jederzeit gestützt bzw. das Urteil des Vorderrichters in diesem Umfange nachgeprüft werden[125]). Die Zulässigkeit der Revisionsbegründung auf diese allgemeinen Auslegungsvorschriften ergibt sich aus der Rechtsnormeigenschaft der oben zitierten Bestimmungen; sie sind daher wie jede andere Rechtsnorm

[121]) Ebenso RG JW 1932, 746: Bezüglich der vom Verband Deutscher Elektrotechniker aufgestellten Sicherheitsvorschriften für Installationsanlagen.

[122]) So RGSt 52, 42 (Unfallverhütungsvorschriften einer Berufsgenossenschaft); RGSt 53, 134 (Fahrdienstvorschriften der Eisenbahn); vgl. auch RGSt 58, 224; RG JW 1914, 698.

[123]) a.a.O. S. 77: „alle Urteile, die einen wertenden Charakter haben, sind nachprüfbar."

[124]) a.a.O. S. 108, und JW. 1930, 831.

[125]) Ebenso Hellwig a.a.O. § 239, III, 3b; Wach (Vorträge) S. 290 u. JW 1881, 80.

vom Revisionsgericht auf Grund des § 549 ZPO und des § 337 StPO zu prüfen, und deshalb muß eine Revision, die auf die Verletzung dieser Vorschriften gestützt ist, überall da zulässig sein, wo es sich um die Deutung, d. h. die Auslegung einer Willenserklärung oder eines sonstigen Rechtsgeschäfts handelt[126]). Bei jedem Rechtsgeschäft wird der Komplex der Tatsachen von den Willenserklärungen der Parteien gebildet, und es handelt sich stets dann um eine unangreifbare Tatsachenfeststellung, wenn der Tatrichter die Sachlage lediglich daraufhin prüft, ob die behaupteten Willenserklärungen von den Parteien in der Tat abgegeben worden sind. Die Feststellung der Bedeutung dieser Erklärungen, ihres Sinnes und ihre rechtliche Beurteilung geschieht jedoch im Rahmen der hierfür einschlägigen Auslegungsvorschriften, deren richtige Anwendung vom Revisionsrichter stets nachgeprüft werden kann.

4. Auf diesen Standpunkt scheint sich auch in steigendem Maße das Reichsgericht zu stellen[127]), wenn auch noch einige neuere Entscheidungen den früheren Standpunkt vertreten, daß nur die Auslegung „typischer Verträge" usw., die einen über den Bezirk des Berufungsgerichts hinausgehenden Geltungsbereich haben, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegen sollen.

Daß diese Beschränkung der Revision auf sogen. typische Rechtsgeschäfte nur eine „willkürliche Halbheit" darstellt, erhellt auch aus der vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeübten Nachprüfung von Parteiprozeßhandlungen. Auch diese Nachprüfung kann immer nur erfolgen in den Grenzen der Auslegungsvorschrifen, und es ist ein Kennzeichen für die Notwendigkeit des Eingreifens der Revisionsinstanz, daß das Reichsgericht den Prozeßhandlungen schon sehr früh eine Nachprüfung hat zuteil werden lassen (vgl. insbes. RG 86, 380: „Die besondere Anführung einer oder mehrerer Gesetzesvorschriften kann in der Tat unter Umständen eine materiell-rechtliche Beschränkung des Klagebegehrens bedeuten; sie muß es aber nicht. Ob ihr eine solche Bedeutung beizumessen ist, wird regelmäßig nur nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sein. Im vorliegenden Falle vermag jene Anführung von Gesetzesvorschriften die einschränkende Auslegung des Berufungsgerichts, die als Auslegung einer Prozeßhandlung der freien Nachprüfung in der Revisionsinstanz unterliegt, nicht zu rechtfertigen."[128])

a) Neben der Revision wegen Verletzung materieller Auslegungsvorschriften kann nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts

[126]) Ebenso Danz a.a.O. S. 196 ff.

[127]) Vgl. insbes. RG JW 1932, 174: Die Auslegung läßt „insoweit keinen Rechtsverstoß, insbes. gegen §§ 133, 157 erkennen." Auch RAG in JW 1932, 357, wo selbständige Prüfung an Hand der Auslegungsvorschriften erfolgt und die Ansätze in RGZ 121, 42; 122, 383; OLG 20, 25 und 55; ebenso Goldschmidt, Lehrbuch S. 224.

[128]) Vgl. auch RGZ 104, 136; 134, 132: „Bei Entscheidung der Frage über den Umfang der Zurücknahme der Berufung und über ihre Bedeutung handelt es sich um die Auslegung einer Prozeßhandlung, die der freien Nachprüfung in der Rev.Instanz unterliegt." Ebenso RGZ 135, 338; 136, 207.

dieses Rechtsmittel auch darauf gestützt werden, daß die Entscheidung des Vorderrichters einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen einen Erfahrungssatz enthalte. Diesen von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen[129]) ist, wie dies oben bereits mehrfach ausgeführt, vorbehaltlos zuzustimmen, da es nicht mehr als folgerichtig ist, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß diese Grundsätze allgemeine Anwendung finden. Der Richter hat bei jeder von ihm zu entwickelnden Tätigkeit nicht nur die einzelnen positiven Normen, sondern auch solche Vorschriften zu beachten, die zwar nicht ausdrücklich im Gesetz Eingang gefunden haben, die aber auch ohnehin Bestandteil jedes Gesetzes sind.

b) Daß der Tatrichter bei einer Auslegung sowohl den Wortlaut der Erklärungen als auch ihren Inhalt zu beachten hat, und demzufolge keine Auslegung vornehmen darf, die mit dem Wortlaut und dem Inhalt der Erklärung in Widerspruch steht, ergibt sich unmittelbar aus den §§ 133, 157, 242 BGB und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Daher wird es auch ganz allgemein als ein Verstoß gegen die Auslegungsschranken angesehen, wenn der Inhalt einer Erklärung mehrere Auslegungsmöglichkeiten zwar zuläßt, es aber aus den Entscheidungsgründen eindeutig hervorgeht, daß der Sachrichter bei der Auslegung diese verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten nicht erkannt hat[130]).

5. Auch die Frage, ob auf eine fehlerhafte Auslegung die Kassation gestützt werden kann, ist als Ergebnis eines längeren Entwicklungsprozesses erst in verhältnismäßig später Zeit vom Kassationshof in bejahendem Sinne beantwortet worden.

Bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts wurde eine Nachprüfung der Auslegung von Willenserklärungen auf Grund des Art. 1134 Code civil allgemein für zulässig gehalten[131]).

Während ungefähr vom Jahre 1808 ab die Auslegung als eine reine Tatfrage angesehen wurde und sich die Kontrolle des Kassationshofes auf die „qualification donnée aux actes" beschränkte[132]), hat der Kassationshof im Laufe der Entwicklung die Theorie der dénaturation aufgestellt und erstmalig in einem Urteil vom 20. 1. 1868 eine Entscheidung des Vorderrichters wegen excédé son pouvoir d'interprétation aufgehoben. (Siehe S. 1868, I, 100.)[133])

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Kassationshofes bei der Auslegung von Verträgen endete bei demselben Ergebnis: „il

---

[129]) So insbes. RG in JW 1930, 1212; RGSt 61, 153; RGZ 131, 343; OLG Dresden in JW 1932, 3653; 1930, 2546.

[130]) So RG (St) JW 1930, 1212; RGZ 100, 136; 131, 343; 136, 127.

[131]) Ebenso Glasson-Tissier a.a.O. III S. 497; Freitag a.a.O. S. 56 f.

[132]) So auch Boyens a.a.O. S. 198 Anm. 45.

[133]) Auch D. 1868 I, 22 zit.: l'interprétation d'un testament appartient exclusivement aux juges du fait le pouvoir ne va pas jusqu'à leur donner le droit de changer et de refair le testament et de supprimer une clause claire et précise la remplacer par une autre produisant des effets légaux différants.

n est pas permis aux juges lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis de dénaturer les obligations. . . . (Chambre civile vom 15. 4. 1872 — D. 1872 I 176 —).

a) Nach der Rechtsprechung des Kassationshofes ist daher eine Kassation auch in den Fällen zulässig, wo die Richter unter dem Vorwande der Auslegung den Rechtsgeschäften einen anderen Sinn unterschoben haben (dénaturation des conventions)[134]); sobald also ein Tatrichter in seiner Entscheidung z. B. einen Vertrag modifiziert, kann die Kassation auf Art. 1134 code civile gestützt werden: („Gesetzmäßig zustande gekommene Verträge gelten wie Gesetze für diejenigen, welche sie abgeschlossen haben. Sie können nur durch übereinstimmende Erklärungen oder aus den vom Gesetz zugelassenen Gründen rückgängig gemacht werden; sie müssen nach Treu und Glauben erfüllt werden.") Die wahrhaft typischen Urteile, in denen der Kassationshof die Auslegung des Tatrichters bemängelt und selbst vornimmt, sind auch allgemein auf diese Vorschrift des Art. 1134 c. civ. gestützt. (So insbes. civ. 30. 11. 1892 — D 1893 I. 85: „il appartient au juge du fait de déterminer le sens et la portée des conventions des parties et de rechercher leur intention, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à dénaturer ces conventions lorsqu'elles sont claires et formelles et ne comportent aucune interprétation[135]).

Sind die streitigen Vertragsklauseln jedoch ungenau gefaßt, zweifelhaft oder doppelsinnig, so ist die ihnen vom Tatrichter gegebene Auslegung nicht mit der Kassation angreifbar[136]).

Während also der Kassationshof grundsätzlich die Auslegung von Rechtsgeschäften, insbesondere von Verträgen und Testamenten, wie auch die Ermittelung des Willens der Parteien dem unantastbaren „Hoheitsbereich" des Tatrichters überläßt, erfolgt sein Eingreifen stets dann, wenn offenbare Irrtümer und Fehler vorliegen; die Rechtsprechung des Kassationshofes bejaht oder verneint daher nicht grundsätzlich die Frage der Nachprüfung der Auslegung von Rechtsgeschäften, sondern macht ihre Entscheidungen von der Schwere der richterlichen Verfehlung abhängig[137]). Es mag hierzu abschließend betont werden, daß die Auslegung des Kassationshofes für den Sach-

---

[134]) Chambre civile vom 22. 7. 1872 — S. 1873 I, 299: „Il appartient aux juges du fond pour rechercher l'intention des parties; cette règle reçoit une exception et la Cour de cassation exerce son droit du censure . . . quand les tribunaux au lieu d'interpréter des actes obscures ont dénaturé ou altéré des actes exprès et positifs." Ebenso civ. 5. 2. 1873 — S 1873 I 289 —; civ. 3. 2. 1886 — D 1886 I, 469 — u. a. m.

Vgl. auch Gaugier a.a.O. S. 242 ff., 259 ff.

[135]) Ebenso Civ. 8 mars 1921 (S 1922 I 79): attendu qu'aux termes du article 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, que s'il appartient au juge du fait d'interpréter les conventions des parties, ils ne peuvent pas sous prétexte d'interprétation en dénaturer le sens quand les clauses sont claires et précises."

[136]) So z. B. Requ. 30. VI. 1896 (S. 1896 I, 391); 17. I. 1922 (S. 1922 I 262); 9. VII. 1923 (S. 1924 I, 106) u. a. m.

[137]) So auch Boyens a.a.O. S. 198 Anm. 45; Freitag a.a.O. S. 57.

richter keineswegs bindend ist, es erfolgt vielmehr lediglich die Feststellung, daß die durch den Tatrichter erfolgte Interpretation mit dem Wortlaut und dem Sinne der rechtsgeschäftlichen Erklärung unvereinbar ist.

b) Auch bei den Prozeßhandlungen überläßt der Kassationshof dem Tatrichter keine unanfechtbare Tätigkeit; er prüft insbesondere selbst den Sinn und Wortlaut der Prozeßhandlung nach, ermittelt den Willen und gibt ihr seine juristische Qualifikation[138]).

Die von der französischen Rechtswissenschaft hierzu vertretene Lehre nähert sich der von Danz a.a.O. §§ 14 und 21 geäußerten Ansicht, daß die dem Richter gegebenen Auslegungsvorschriften selbst Rechtsregeln seien, auf deren Verletzung die Revision (Kassation) gestützt werden könne[139]). Hinzu kommt, daß nach französischem Recht Verträge nicht nur durch das Vorhandensein gesetzlicher Auslegungsvorschriften geschützt sind, sondern daß eine falsche Auslegung auch eine Verletzung der einem Gesetz gleichkommenden Vertragsnorm darstellt. (Art. 1134 c. civ.) Aus diesem Grunde hat die Rechtsprechung auch nicht den Weg über die Revisibilität sog. typischer Verträge zu nehmen brauchen[140]), da bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 1134 c. civ. die Auslegung eines jeden Vertrages vom Kassationshof nachgeprüft werden kann[141]).

c) Mangels der Voraussetzungen des Art. 1134 kommt in neuerer Zeit auch in der französischen Rechtswissenschaft der das deutsche Zivilprozeßrecht eine Zeitlang beherrschende Gedanke zum Zuge, daß immer dann eine Kassation wegen fehlerhafter Auslegung rechtlich zulässig sein müsse, wenn es sich um sog. contrats d'adhésion handele. Unter diesen contrats d'adhésion versteht man in Frankreich solche Verträge, denen ein grundsätzlich seitens privater oder öffentlicher Unternehmungen unabänderlicher Vertragstypus zugrunde liegt, auf Grund dessen Angebote zum Vertragsabschluß an eine unbestimmte Vielheit von Personen ergehen.

Namentlich Marty a.a.O. S. 346 f. hat diese in Deutschland vertretene Lehre der Revisibilität von typischen Rechtsgeschäften angenommen, um auf diese Weise zu erreichen, daß die Kassation nicht nur die abstrakte Auslegung umfaßt, sondern sich auch auf die konkrete Auslegung ausdehnt.

---

[138]) Vgl. Civ. 17 avril 1837 (S 1837 I 868); und aus neuerer Zeit Civ. 8 mai 1917 (1918/19 I 79); Civ. 19 nov. 1928 (DH 1928, p. 3); Fuzier-Herrmann a.a.O. S. 477.

[139]) So Marty a.a.O. S. 342; Déreux a.a.O. S. 121 ff.

[140]) Siehe Collin et Capiant a.a.O. S. 258; Planiol et Ripert a.a.O. VI Nr. 122 ff.; Demogue a.a.O. II Nr. 616—631 mit weiteren Literatur- und Judikaturnachweisen zur Konstruktion der contrats d'adhesion.

[141]) Nicht aber ist eine Abänderung des Vertrages durch den Kassationshof zulässig; sogar bei dem Vorhandensein drakonischer Vertragsbestimmungen verweigert das französische Recht dem Richter eine Abänderungsbefugnis.

§ 17. Nachprüfbarkeit der Beweiswürdigung.

1. Es ist sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung sämtlicher für eine Revision zuständigen Gerichte allgemein anerkannt, daß die Revisionsinstanz nicht die vom Vorderrichter vorgenommene Beweiswürdigung überprüfen kann[142]).

Im Gegensatz hierzu liegen mehrere Entscheidungen vor, die trotz dieses allgemein anerkannten Grundsatzes die Beweiswürdigung zum Gegenstand der Nachprüfung machen. In diesen — allerdings bisher nur vereinzelten — Entscheidungen[143]) wird die Frage, ob die im Einzelfalle vom Tatrichter vorgenommene Beweiswürdigung anfechtbar ist, immer dann bejaht, wenn das Revisionsgericht einen Verstoß gegen die Denkgesetze glaubt feststellen zu können[144]). Die diesen Urteilen anhaftenden Fehler sind nicht materiell-rechtlicher Art, sondern liegen auf rein prozessualem Gebiete und stellen eine verfehlte Beweiswürdigung dar. Wie Alsberg in JW 1932, 3070 Anm. zu 18 m. E. mit Recht ausführt, hat hier die Lösung eines Problems einzusetzen, das dahin geht, derartige Verletzungen für revisibel anzusehen, wenn sie Verfahrensverstöße zur Folge haben.

Andere Entscheidungen prüfen die Beweiswürdigung des Sachrichters mit der Begründung selbständig nach, daß in dem Erkenntnis des Tatrichters ein allgemeiner Erfahrungssatz verletzt sei[145]). Es geht aus den Entscheidungsgründen der hier zitierten Urteile eindeutig hervor, daß das Reichsgericht bzw. das betr. Oberlandesgericht die vom Vorderrichter gemachten tatsächlichen Feststellungen und dessen Beweiswürdigung mit seiner Ansicht vergleicht und die Entscheidung wegen fehlerhafter Beweiswürdigung aufhebt[146]).

Auch in der Literatur zum Strafprozeßrecht, das wegen des Grundsatzes der materiellen Wahrheitsermittelung eine besondere Stellung einnimmt, hat sich der Gedanke immer mehr durchgerungen,

[142]) So auch Pohle a.a.O. S. 32; Stein, Privates Wissen S. 110 ff.; Mannheim a.a.O. S. 75, der aber auf den Zweck abstellt.

[143]) Siehe oben § 13 1c.

[144]) So RG JW 1927, 912; RG JW 1932, 3070; RG JW 1931, 2834; OLG Dresden JW 1932, 3653. Die letzte Entscheidung beweist, daß der Vorwurf von denkgesetzlichen Verstößen sehr vorsichtig gehandhabt werden muß. Es kann nicht davon die Rede sein, daß die Auslegung des OLG Dresden die einzig mögliche ist. Vgl. auch Doerr JW 1931, 2835: „Es ist zu wünschen, daß die Revisionsgerichte in allen Fällen, in denen sie dem Vorderrichter einen Verstoß gegen die Denkgesetze vorwerfen, daran denken, wie gerade durch solche Urteilsbegründungen, die dem Laien in die Hand gegeben und veröffentlicht werden, das Ansehen der Rechtspflege Not leidet, wenn ein Gericht dem anderen ohne zwingenden Grund Denkfehler vorwirft, die der Laie mit Gedankenlosigkeit identifiziert."

[145]) So RG JW 1932, 3618; KG JW 1929, 885.

[146]) Das OLG „setzt sich mit seiner Beweiswürdigung in Widerspruch mit allgemeinen Erfahrungssätzen, und diese sind nicht beweisbedürftige Tatsachen im verfahrensrechtlichen Sinne, nicht Bestandteile des Tatbestandes, auf den vom Gericht das Gesetz anzuwenden ist, sondern sie haben die Natur von Normen, die als Maßstab für die Beurteilung jener Tatsachen dienen, und auf deren Verletzung kann nach ständiger Rechtspr. die Revision gestützt werden." Vgl. RGZ 99, 71.

daß die dem Tatrichter überlassene Freiheit der Beweiswürdigung nicht unbegrenzt sein könne. Als eine Grenze der freien richterlichen Beweiswürdigung kommt einmal der Fall der Verletzung des § 267 StPO in Betracht, wenn innerhalb der Urteilsfeststellungen selbst oder zwischen diesen und der Urteilsformel offensichtliche Widersprüche vorhanden sind[147]). Erreichen diese Widersprüche unter sich einen solchen Grad, daß das Urteil inhaltlich unverständlich erscheint, so bedarf es nicht der Heranziehung der §§ 337, 267 StPO, sondern es ist ein Revisionsgrund nach § 338 Ziff. 7 StPO bzw. 551 Ziff. 7 ZPO gegeben.

Weiterhin kann die Revision wegen Vorliegens eines Verfahrensmangels erhoben werden, wenn die jedes richterliche Ermessen einschränkenden Grundsätze verletzt worden sind (§ 261 StPO). Die Beweiswürdigung selbst ist im Strafprozeß gebunden an das den Strafprozeß allgemein beherrschende Prinzip der materiellen Wahrheit. Setzt sich daher der Richter bei der Ermittlung der materiellen Wahrheit über elementare und logische Grundsätze des Denkens, der Erfahrung usw. hinweg, so bedeutet dieses einen Verfahrensmangel, der ganz unabhängig für sich einen selbständigen Revisionsgrund abgibt[148]).

2. Im französischen Recht hat die Frage der Kassation wegen fehlerhafter Beweiswürdigung keine so umstrittene Stellung wie im deutschen Prozeßrecht. Grundsätzlich ist auch hier die Beweiswürdigung unanfechtbar, sie kann nur aus den in den einzelnen Gesetzen selbst angeführten Gründen angefochten werden[149]).

Das französische Prozeßrecht kennt als Kassationsgründe wegen fehlerhafter Beweiswürdigung die violation des règles légales sur les exceptions et les preuves und als weiteren den défaut de motifs des arrêts[150]).

a) Die Verletzung der dem Tatrichter vorgeschriebenen Beweisregeln bedeutet hier also eine Verletzung sog. Mußvorschriften (violation ou omission de quelques unes des formalités que le présent, prescrits sous le peine de nullité) und gibt deshalb ohne weiteres einen selbständigen Kassationsgrund ab[151]). (Pourvoi en cassation pour violation des règles légales sur les exceptions et les preuves.)

b) Der Begriff des défaut de motifs des arrêts umfaßt nach der in Frankreich herrschenden Rechtslehre nicht nur den Mangel jeglicher

---

[147]) Vgl. RG JW 1912, 947 und 1925, 1006; ebenso Alsberg a.a.O. S. 104 oben.

[148]) So auch Mezger a.a.O. (der Sachverstnädige) S. 181 ff., 195, der von einer Verkennung der kognitiven Grundlage des strafprozessualen Beweisrechts spricht. Vgl. auch hierzu die Rechtsprechung RGSt 47, 297; RG JW 1927, 912 und Pagendarm a.a.O. S. 14 und 25 ff.

[149]) Vgl. Art. 408 code d'instr. crim.; Art. 7. du loi 20 avril 1810.

[150]) art. 24 Tit. 8 loi 16 Sept. 1791: „à raison de violation ou d'omission des formes essentielles dans l'instruction de proces" und art. 408 c. d'instr. crim.

[151]) Vgl. Glasson Gd. Fnz. II Nr. 594, 597—602, 960; Garsonnet et Cézar Bru a.a.O. 1794, 1795.

Begründung, sondern auch die Fälle, in denen eine ungenügende Begründung vorliegt, oder die Urteilsbegründung widerspruchsvoll ist oder sich Urteilsgründe und -tenor widersprechen[152]). (Vgl. hierzu die Einteilung bei Fabreguettes.)[153])

c) In vielen Fällen stützt der Kassationshof sein Recht, die Entscheidungen des Vorderrichters aufzuheben, lediglich auf Art. 7 des Gesetzes vom 20. 4. 1810; es hat sich hier ähnlich wie im deutschen Revisionsrecht eine Praxis herausgebildet, die, über den Wortlaut des Art. 7 hinausgehend, in Wirklichkeit nichts anderes als eine Aufhebung wegen insuffisance ou imprécision des motifs de fait[154]) darstellt und dem Kassationshof mittelbar dazu dient, seine Kontrolle auf die Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung des Vorderrichters auch dann auszudehnen, wenn die Voraussetzungen für eine Kassation wegen Verletzung der Beweisregeln nicht gegeben sind.

Das erklärliche Streben einer höchsten Instanz nach Ausdehnung seiner Befugnisse ist die Folge der Versuche vieler Sachrichter, ihre Entscheidungen durch allgemeingültige Sätze kassations- bzw. revisionssicher zu machen[155]), indem sie entweder die juristische Begründung mit Tatfragen vermischen oder von einer genauen und vollständigen Darstellung und Wertung des Tatbestandes Abstand nehmen.

In den Fällen sich widersprechender Tatsachenfeststellung übt der Kassationshof sein Nachprüfungsrecht stets dann aus, wenn von einer Partei „contradiction entre les motifs des faits" mit Recht gerügt wird, und zwar selbst in solchen Fällen, wo dem Tatrichter ein selbständiges Feststellungsrecht nach bisher herrschender Rechtsprechung allgemein eingeräumt worden war. (Schwere Beleidigungen in Ehesachen[156]), Auslegung eines Vertrages oder eines Testamentes[157])

[152]) Garsonnet et Cézar Bru a.a.O. Nr. 1794 f.

[153]) a.a.O. S. 528: a) contradiction uniquement dans l'argumentation juridique et entre les motifs de droit.

b) contradiction entre les motifs de fait et les affirmations de droit.

c) contradiction entre motifs de fait seulement, der diese Frage nicht von der Seite der defaut de motifs, sondern der des défaut de base légale betrachtet. Überhaupt ist in der französischen Literatur und Rechtsprechung hier eine gewisse Verquickung dieser beiden Kassationsmöglichkeiten zu bemerken; vgl. auch de Chauveron a.a.O. S. 90.

[154]) Vgl. Marty a.a.O. S. 282; Faye a.a.O. S. 134 Nr. 120 und Fabreguettes a.a.O. S 336; sie nennen es „un moyen de fond".

[155]) Solche Urteile siehe crim. 22 mai 1812 (S. 1813 I 68); crim. 22 déc. 1922 (S. 1924 I 235): „les juges ne peuvent pas soustraire à ce contrôle leurs décisions sur le droit, soit en la confonde et avec leur décision sur les faites, soit en s'abstenant de spécifier les faits de façon précise et complète." Vgl. auch crim. 7 mai 1921 (S. 1922; I, 391); crim. 28 juin 1862 (S 1862 I, 625); „les déclarations sont en opposition flagrante avec les faits constatés par les arrêts eux-memes." Ebenso crim. 4 janv. 1917 (S 1921 I, 331). Im übrigen siehe Sirey a.a.O. unter „Cassation" und „Motifs de jugements"; Gazette du palais und Bulletin criminelle unter „jugement" bzw. „arrêts".

[156]) z. B. Requ. 22 fév. 1922 (D 1922 I, 62); Civ. 20 juillet 1927 (S 1928 I 29).

[157]) z. B. Requ. 24 novembre 1919 (S 1920 I, 247); 24 nov. 1924 (DH

usw.) In all diesen Urteilen wird ebenso wie in den Entscheidungen des Reichsgerichts die grundsätzliche Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage verwischt, und selbst in solchen Fällen, wo eine Tatsachenfeststellung nur auf Grund der Beweiswürdigung im Einzelfalle erfolgen konnte, hat der Kassationshof mehrmals davon Gebrauch gemacht, diese Beweiswürdigung des Vorderrichters daraufhin nachzuprüfen, „si les motifs se contredisent": „l'appréciation de valeur de ces preuves rentre dans les pouvoirs, qui apartiennent aux juges du fond, et cette appréciation est souveraine pourvu quelle ne renferme aucune violation de la loi ni aucune contradiction."[158])

Aus dieser Gegenüberstellung ist ersichtlich, daß die Frage der Revisibilität oder Kassationsmöglichkeit bei der Beweiswürdigung in Frankreich eine ähnliche Entwicklung durchgemacht hat wie in Deutschland.

3. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß diese Entwicklung durchaus den Interessen der Rechtsunterworfenen und der Rechtspflege selbst dient. Sie ist ein Beweis dafür, daß ein Revisionsgericht auch ohne Änderung des Gesetzes in der Lage ist, dynamische Gesetzesbestimmungen weiter auszulegen als dies ursprünglich vom Gesetzgeber gedacht war. Die gegen diese Entwicklung erhobenen Einwände, es sei im Interesse des Vertrauens zur Rechtsprechung sehr gefährlich, wenn dem Tatrichter vom Revisionsgericht allzu häufig der Vorwurf eines inneren Widerspruches oder eines Verstoßes gegen Denkgesetze und allgmeine Erfahrungssätze gemacht werde, darf nicht überschätzt werden, weil ein sorgsam abwägendes Revisionsgericht Entscheidungen nur bei offensichtlichen Fehlern aufheben wird und der Fall der Verletzung solcher grundsätzlich zu beachtenden „übergesetzlichen" Normen äußerst selten eintritt. Wenn das Reichsgericht in mehreren Fällen das Hilfsmittel, ein Erfahrungs- oder allgemeiner Lebenssatz sei verletzt, auch für solche Fälle angewandt hat, in denen ein unmittelbarer und unbedingter Verstoß gegen diese Grundsätze nicht vorzuliegen scheint, so handelt es, wie aus den Entscheidungsgründen unmittelbar ersichtlich, lediglich zu dem Zwecke, um eine ihm offensichtlich fehlerhaft erscheinende Entscheidung des Vorderrichters im Interesse der Gerechtigkeit für die beschwerte Partei aufzuheben oder abzuändern. Dieses Vorgehen entspricht aber auch den öffentlichen Interessen, insbesondere den Belangen des Staates, der es vermeiden muß, das Vertrauen des Rechtsunterworfenen durch offensichtliche Fehlentscheidungen zu erschüttern; unter diesem Gesichtswinkel kann daher im Einzelfalle das Vorgehen des Revisionsgerichts durchaus gerechtfertigt sein.

1924, 700); 26 octobre 1926 (S 1927 I 22); in diesen Fällen erfolgt eine Prüfung des Urteils auf innere Widersprüche, was aus den Worten: „les motifs ne sont pas entachées d'aucune contradiction" hervorgeht.

[158]) So Crim. 29 avril 1904 (S 1904 I, 52); vgl. weiter Requ. 16 nov. 1907 (D 1909 I, 260); Civ. 2 juillet 1912 (D 1913 5, 46); Civ. 13 juillet 1927 (S 1927 I 9); Requ. 23 mars 1927 (S 1928 I, 364) u. a. m.

3. Hauptteil.

Zusammenfassendes Ergebnis

Die vorhergehenden Ausführungen waren von dem Gedanken beherrscht, eine ins Einzelne gehende Darstellung der Revision und Kassation und besonders eine Gegenüberstellung der Rechtsprechung dieser beiden obersten Gerichtshöfe zu geben. Am Schluß der Einzeldarstellungen sei nochmals ein kurzes zusammenfassendes Urteil über das Ergebnis dieser rechtsvergleichenden Darstellung gegeben.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß die im deutschen Schrifttum bisher überwiegend vertretene Ansicht, die beiden Rechtsinstitute Revision und Kassation beruhten auf verschiedenen Grundlagen und seien daher zu einer Rechtsvergleichung nicht geeignet, unrichtig ist. Die obigen Erörterungen über das Wesen der Revision, insbesondere auch die Darstellung ihrer geschichtlichen Entwicklung haben ergeben, daß die oft aufgestellte Behauptung, beide Rechtsmittel dienten verschiedenen Zwecken, nicht den Tatsachen entspricht. Der Sachlage gerecht wird allein die Ansicht, die Revision sei vornehmlich dem Zwecke der Einheit des Rechts und der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu dienen bestimmt, wie ich dies im ersten Hauptteil dieser Arbeit nachzuweisen versucht habe. Beiden Rechtsmitteln liegt der Gedanke zugrunde, durch Schaffung eines höchsten Rechtsprechungshofes darüber zu wachen, daß die Einheit des Rechts durch die vielen Gerichte der verschiedensten Länder keine Zerspliterung erfährt. Dieses Bestreben in die Wirklichkeit umzusetzen, war bisher die Hauptaufgabe beider Rechtsinstitute und wird es auch für die Zukunft sein, nicht zuletzt in der Erkenntnis, daß die politische Einheit eines Volkes nur dann eine vollständige ist, wenn das ganze Volk von einem einheitlich und gleichmäßig angewendeten Recht umspannt wird[1]).

Wenn der Revisionsinstanz daneben noch die Aufgabe zugefallen ist, Fehlentscheidungen richtigzustellen, so berührt diese Tatsache die beiden Rechtsinstituten ursprünglich zugefallene Funktion nicht, sondern bedeutet lediglich einen „graduellen Unterschied"[2]). Auch die Tatsache, daß bei der Ausgestaltung der Prozeßvorschriften für die Revision und Kassation nicht zu bestreitende Unterschiede bestehen, besagt nichts gegen den gemeinsamen Grundgedanken, der die beiden obersten Gerichte mit einander verbindet. Die ihnen gemeinsame Funktion zeigt sich auch darin, daß grundsätzlich nur die Verletzung des Gesetzes eine Anrufung des Kassationshofes oder

[1]) So auch Freitag a.a.O. S. 30.
[2]) So mit Recht Schwinge a.a.O. § 4 II, 1.

des Revisionsgerichts rechtfertigen kann. Daß die zwischen Rechts- und Tatfrage zu ziehende Grenze nicht immer leicht gefunden werden kann, haben die aus der Rechtsprechung angeführten Beispiele gezeigt; die Gegenüberstellung der Rechtsprechung des Kassationshofes und des Reichsgerichts hat aber auch bewiesen, daß die oft aufgestellte Behauptung, der Kassationshof sei keine troisième dégré de juridiction, sondern nur ein Organ der Justizaufsicht, unrichtig ist. Es kann zwar nicht abgestritten werden, daß bei der Schaffung der Kassation eher der Grundsatz der Trennung der Gewalten — ein staatsrechtliches Prinzip — maßgebend war; es würde aber ein Außerachtlassen der Entwicklung der Rechtsprechung des Kassationshofes bedeuten, wollte man behaupten, der Gedanke der Herstellung und Aufrechterhaltung der Rechtseinheit habe auch heute noch keine wesentliche Bedeutung für die Kassation. Wie mit den Ausführungen im 2. Hauptteil dieser Arbeit nachzuweisen versucht wurde, ist gerade der Gedanke der Rechtseinheit der tragende Gesichtspunkt, auf den in vielen Entscheidungen vom Kassationshof zurückgegangen wird, um die im Einzelfall erfolgte Nachprüfung zu rechtfertigen. Diejenige Lehre, welche das Wesen der Kassation staatsrechtlich-politisch zu deuten versucht, läßt aber nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch das Gesetz vom 1. 4. 1837 völlig unberücksichtigt, von dem Marty[3]) mit Recht behauptet hat, nunmehr habe der Gedanke der Rechtseinheit den Sieg davongetragen.

Hinzu kommt, daß einerseits der durch das Gesetz vom Jahre 1905 geschaffene Rügezwang für Verfahrensrügen im Revisionsverfahren und andererseits die Entwicklung der Rechtsprechung des Kassationshofes in den letzten dreißig Jahren die beiden Rechtsinstitute einander so genähert hat, daß „es heute immer schwieriger wird, einen grundlgenden Unterschied zwischen Revisions- und Kassationsverfahren ausfindig zu machen."[4]) Es genügt der Hinweis, daß auch die Frage, ob allgemeine Denkgesetze und Erfahrungssätze, ob das Gewohnheitsrecht, die Auslegung und die Subsumtion einer Nachprüfung unterzogen werden können, für den Kassationshof heute dieselbe Bedeutung hat wie für das Reichsgericht[5]), und daß diese sehr oft das Grundsätzliche der Kassation berührenden Fragen nicht mehr mit der einfachen Behauptung abgetan werden, es handele sich um reine Tatfragen.

Auch die Tatsache schließlich, daß dem Institute der Revision eine der cassation dans l'intérêt de la loi gleich gelagerte Revisionsmöglichkeit fehlt, ist kein Indiz für die Zweckverschiedenheit beider Rechtsinstitute; denn auch bei der Einrichtung der cassation dans

---

[3]) a.a.O. S. 71, 73: „Va triompher l'idée d'uniformité de jurisprudence;" so auch Schwinge a.a.O. § 4 II, 2.

[4]) So D'Amilio bei Magnus a.a.O. S. 245; ebenso Schwinge a.a.O. § 4.

[5]) Vgl. die Rechtsprechung zu den diese Frage behandelnden Paragraphen dieser Arbeit; a. A. Freitag a.a.O. S. 71, der aber die Entwicklung der Rechtsprechung des Kassationshofes unberücksichtigt läßt.

l'intérêt de la loi „handelt es sich nicht um eine Essentiale der Kassation, wie das Beispiel derjenigen Länder zeigt, welche die Kassation ohne diese Besonderheit aufgenommen haben."[6])

Es war die Hauptaufgabe der hier vorgenommenen Rechtsvergleichung, darzulegen, daß ein Wesensunterschied zwischen Revision und Kassation, wie er bisher im Schrifttum angenommen wurde, in Wahrheit nicht besteht: Beide Rechtsinstitute haben eine ihnen gemeinsame grundsätzliche Funktion, die Einheit des Rechtes und die Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Interesse der Gesamtheit zu wahren.

[6]) Vgl. Schwinge a.a.O. § 4 II, 5.

Lebenslauf.

Am 13. Dezember 1909 wurde ich in Berlin als Sohn des Obergerichtsvollziehers Hermann Schoppe und seiner Ehefrau Klara, geb. Michaelis, geboren. Im Frühjahr 1916 wurde ich in das Leibniz-Gymnasium zu Berlin eingeschult, wo ich Ostern 1928 die Reifeprüfung ablegte. Ich wandte mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und hörte an den Universitäten Berlin und Bonn. Am 17. Dezember 1932 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Kammergerichts die erste juristische Staatsprüfung. Im Sommersemester 1933 hörte ich als Gasthörer an der Universität Halle-Wittenberg und beteiligte mich an dem Seminar, das Herr Professor Dr. Schwinge über die Revision veranstaltete. Zur Zeit bin ich als Gerichtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts tätig.

Im Laufe meines Studiums habe ich die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Professoren besucht: Crome, Dersch, Graf zu Dohna, Drost, J. Goldschmdit, Herkner, Heyer, Heymann, Jastrow, Juncker, Kaskel, Kipp, Klässel, Kohlrausch, Leubuscher, Mannheim, Neuß, Nußbaum, Popitz, Rabel, Schlegelberger, Schumacher, Schwinge, Smend, Strauch, Thoma, Titze, Triepel, Martin Wolff.

Herrn Prof. Dr. Schwinge, der mir die Anregung zu dieser Dissertation gegeben und meiner Arbeit größtes Interesse entgegengebracht hat, werde ich mich stets zu aufrichtigem Dank verpflichtet fühlen.

Günter Schoppe.